

明治大学知的財産法政策研究所(IPLPI)セミナー(2012年8月4日)

「平成24年著作権法改正の評価と課題」

主催： 明治大学知的財産法政策研究所

(文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業(平成23～27年度))

情報財の多面的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築)

共催： 明治大学法学部

## 第2部 パネルディスカッション

上野達弘 (立教大学法学部国際ビジネス法学科教授)

奥邨弘司 (神奈川大学経営学部国際経営学科准教授)

永山裕二 (前文化庁長官官房著作権課長)

福井健策 (弁護士・日本大学芸術学部客員教授)

(司会) 金子敏哉(明治大学法学部専任講師)

## 目次

1. はじめに.....	1
2. 権利制限規定の新設.....	10
(1) 一般規定の導入を巡る議論と平成24年改正.....	10
(2) 個別の規定(30条の2等)の検討.....	15
(3) パロディ・一般規定を巡る今後の議論.....	26
3. 技術的保護手段に関する改正.....	30
4. 私的ダウンロードに関する刑事罰の導入.....	34
5. 立法プロセスの問題.....	38
6. 国立国会図書館による絶版等書籍の配信.....	41
7. フロアとの質疑応答.....	43

### 1. はじめに

司会： それでは第2部のパネルディスカッションを始めさせていただきます。今回のシンポジウム及びパネルディスカッションのタイトルは、「平成24年著作権法改正の評価と課題」になっているのですが、じつは今年の8月3日に「特許法の改正」についても同じようなシンポジウムを行いました。その時のタイトルは「改正特許法の評価と課題」

で、また「評価と課題」がタイトルに付いているわけですが、ただ1点だけ違いがありまして、去年は「改正特許法」になっていますけれども、今年は「改正著作権法」ではなく「著作権改正の評価と課題」ということで、改正の内容だけではなくプロセスも評価するという思想感情を一応表現したつもりですけれども、あまり創作的ではなかったかもしれません。

それはさておきまして、今回のこのパネルディスカッションでは改正の中身、個別の条文の解釈等も含め、それとともにプロセスについても議論をしていきたいと思います。

第2部では、第1部でご講演をいただいた永山課長、福井先生に加えて、立教大学の上野達弘先生、神奈川大学の奥邨弘司先生にご登壇をいただいております。なお司会は、引き続き私金子が務めさせていただきます。ご登壇の先生方の略歴については、詳細は配布資料をご覧くださいと思います。

今回の法改正との関係で言えば、まず上野先生は2007年の著作権の情報センターにおいて、「著作権における権利制限規定の再検討、日本版フェアユースの可能性」という講演をされるなど、「権利制限の一般条項」の導入にむけた議論を展開されたお一人でもあります。また平成22年の2月まで、文化審議会の「著作権分科会法制問題小委員会」の委員のお一人でもいらっしゃいました。また奥邨先生は電機メーカーの法務部門での実務経験もお持ちでありますけれども、「権利制限の一般規定ワーキングチーム」の一員でもあり、また「技術的保護手段ワーキングチーム」の一員でもいらっしゃいますとともに、不正競争防止法に関して産業構造審議会「技術的制限手段に係る規制の在り方に関する小委員会」での委員でもあり、平成23年の改正にも大きく関わられていらっしゃいます。

この第2部のパネルディスカッションでは、まず初めに今回の改正全体について、上野先生、奥邨先生に評価やコメントをいただいた上で、以下、基本的には、「権利制限規定の一般条項」をめぐる議論と、30条の2等の「個別の規定の検討」、次に「技術的保護手段」をめぐる改正、私的使用を目的での「ダウンロードに関する刑事罰の導入」について検討した上で、最後に「海賊版対策」や「TPP」、「新たなビジネスモデル」や「図書館の配信」等今後の著作権制度のあり方について議論をするという形で進めたいと思います。

それでは最初に、今回の著作権法改正の内容・プロセスについて、上野先生、奥邨先生からコメントをいただきたいと思います。まず上野先生、よろしく願いいたします。

上野：どうも上野でございます。今日はたくさんの方がいらっしゃって、私もどこまでしゃべっていいのかという感じで、いつもと違う緊張感に包まれているのですが、だんだん調子を出してまいりたいと思います。最初に今回の改正について、その内容面とプロセスについて、一言コメントをさせていただきたいと思います。

今回の改正の内容は、権利を強化するという方向でもありますけれども、いわゆる「ダウンロード刑罰化」といった点に関する報道の中ですっかり影が薄くなったような気がします権利制限規定の拡充、といった形で利用の促進を図るという側面、これは

かなり評価すべきものだろうというふうに思います。権利制限、特に一般規定につきましては、かねてから議論があったわけでありまして、審議会の報告書もすでに昨年1月に出ていたわけですが、震災の影響を受けて1年間その成立が遅れ、今回このように成立したということにつきましては、まさに関係者のご努力の賜物というふうに思っているところでございます。ただ今回の改正によって設けられた権利制限規定が、当初目指されていたような「一般規定」と言えるのかどうかというところは、かなり議論のあるところでありまして、私もこれが一般規定と言えるものかどうか疑問が残るところではあるわけではあります。

ただ今回の最終的な4つの条文を見ますと、特に3つ目と4つ目の技術に関するものにつきましては、元々C類型だったわけですが、これはよく見ると意外に一般性のある規定のように思うところであります。私の印象では平成21年度に行われた権利制限規定に関する多数の改正と比較いたしますと、極めてシンプルだと言えようと思います。平成21年改正は、先程も少しご紹介があったかと思いますが、検索エンジンであるとか、あるいはネットオークション関係ですとか、さまざまな規定が盛り込まれて、これはこれで大変結構なことなのですが、著作権法だけではなくて、著作権施行令とか施行規則まで使って、かなり厳密に細かく規定を作っております。すべて読まなければ最終的なルールが明確にはわからない、というようなことになっているわけでありまして。

これに対して今回の規定は、かなり短くてシンプルであると言えようかと思います。特に30条の4であるとか、47条の9という規定につきましては、かなり一般性が高く、もちろん個別にはまた後ほど議論があるかと思いますが、今後の活躍が期待できるのではないかというふうに思う次第であります。中山先生は「見るも無残だ」とか、「名も実も捨てた」とおっしゃられましたけれども、それでも実は結構まだ期待の持てる規定ではないか、というふうに考えております。これが内容についてです。

他方、こうした内容を定めるプロセスについても、今回は色々と議論を巻き起こしたところであります。すなわち、違法ダウンロードを刑罰化するということに関しましては、審議会ではどちらかというところでは否定的だったわけですが、これが議員立法という形で最終的に盛り込まれたわけでありまして、他方、いわゆる日本版フェアユースにつきましては、審議会が提案したABC類型と比べますと、その内容がかなり狭まったわけですが、その背景には、今日もお話しがありましたけれども、内閣法制局の影響があったのではないかとされているわけでありまして。

これはどちらも、なかなか評価が難しいところがあるように思います。前者の議員立法につきましては、確かに審議会におりますと、審議会の議論を経ないで議員立法されたということになりますので、今日も審議会の迂回というお話しがありましたけれども、議員立法というのは審議会という専門機関の軽視ではないのかという考え方もたしかにあり得るところかと思っております。ただ他方おきましては、国会議員というのは言うまでもなく選挙によって選ばれた民主性の高い存在でありますから、これと比較しますと、審議会などと

というのは何もそういった民主制の裏付けを持たない機関かと思います。ですので、そういった観点からしますと、うっかり審議会の軽視だなどと言いますと、議員立法からは国会の軽視であると言われるのかもしれませんが。

ただ、その通りではあるわけですが、これは今年4月に行われた著作権法学会でも議論されたことでもあります。政策形成過程においては、どのように政策が実現されていくのかについては、さまざまな研究があるところでもあります。たとえば、政策形成過程におきましては、集団化されにくい利益が反映されない傾向があるとか、一定のバイアスがかかるなどと指摘されているところでもあるわけでもあります。そうであれば、国会議員による議員立法だから無条件に良いとも言えないところがあるのではないかと、いうふうには思われるところでもあります。

後者の内閣法制局の影響ということにつきましては、これまた色々と評価が難しいところではないかと思います。確かに内閣法制局が果たしている役割や、これまでの業績を考えますと、これは非常に評価すべきところがあると思います。といいますのも、法令というのは一貫性がなくてははいけませんで、わたくしの知る限り、わが国の法令は極めて緻密さでありまして、その緻密さを考えれば、内閣法制局は、そうした一貫性や精度を確保している機関であるという評価も十分可能であろうと思います。

ただ例えば、今回の審議会で行われた議論がどう反映されたかということを考えますと、具体的に申しますと、A類型というカテゴリーは少し内容が縮小されて、B類型は半分位になって、C類型は2つになってしまったといいますか、かなり個別化したという評価ができるのではないかと思います。例えばB類型に対応する30条の3という規定は、これも後で議論があるかと思いますが、許諾を受けるか、裁定を受けて利用しようとするための検討の過程で、著作物を利用することが一定の範囲で許容されるという規定なのですけれども、最初に課長からもお話しがありましたように、当初審議会で検討されていたB類型というのはこれに加えて、権利制限規定の適用を受けることを前提にその過程で利用していたという場合を含めて、そういった適法利用を達成しようとする過程に伴う利用を適法化するというような規定だったわけです。この点は改正法に盛り込まれなかったわけですがこの権利制限の適用を受けて利用する過程における利用というものは、色々と細かい事例がありそうです。

先程、教科書に掲載するためにその前提として、例えば会議でコピーするという例がありましたけれども、教科書に掲載するのは、許諾を受けて掲載するわけではなくて、権利制限規定の適用を受けて掲載することになるわけです。けれども、権利制限規定によって掲載ということ自体は許されても、その前提となっている複製というのは権利制限規定では許容されないということになりかねません。したがって、これをどう救うかという問題があるわけですが、これについては結局権利制限規定は設けられないということになったわけです。

その背景にはどうやら、内閣法制局において、これは既存の権利制限規定の解釈で読み

込むことができる、そういう判断がなされたということのようであります。ただ審議会の記録などを見ますと、確かに審議会でも、こういう問題は既存の権利制限規定の解釈論で読み込めるからだいじょうぶだという考えもあることは認識されていて、そうであったとしても、明確な規定がない状態では利用者に委縮効果がもたらされているという認識の下、したがって、明文の規定がある方が望ましいという判断がなされたものと思われる。そのように審議会で議論したにもかかわらず、内閣法制局によってそれと異なる最終決定がなされるということについてどう考えるのか、ということが問題になろうかと思えます。

これもなかなか判断が難しいところではあるかと思えます。けれども、プロセスという観点からおそらく問題となるのは、判断の内容はともかく、そのように行われた判断の根拠が示されないままに結論だけ示されるという点にあるのではないかと思います。つまり、根拠が示されなければ、そのような修正が加えられたことを理論的に批判することもできませんし、そのあり方について議論することもできないわけであります。

このことは先程の議員立法の場合と同じであります。もちろん、結論について賛成する人は別にプロセスはどうでもいいと思うかもしれませんが。これは先程の打ち合わせでも話したのですが、今回の議員立法による修正とか内閣法制局による修正というものを立法プロセスのあり方として批判している人は多いのですが、もしそのようなプロセスによる修正が、その手人が結論として望ましいというふうに感じる方向に行われた場合、ひょっとしたらその人は、「これは英断的な判断が行われた」と言いはしないだろうかと思うわけです。その際、特に理由や根拠が示されていなくても、自分なりにその理由を補って、「これは大所高所から判断したものだ」などと思ったりするのもかもしれないわけですね。

それで良いのかどうかと言うと、これはやはり問題だと思っています。たとえ結論が良くてもやはり議論を経ていないというのはプロセスとして問題があるのではないかと思います。もちろん、広く議論すると言いましても、実際には、理論的に整理された誤解のない議論ばかりではないことは、私も承知していますけれども、しかしそれなりの情報を共有して、可能な限りの議論を経て、その上で出た結論であれば、内容はいかなるものでも基本的にはやむを得ないのではないかと、とは思いますので、今後そういったプロセスの問題についても十分検討していく必要があるのではないかとこのように感じている次第です。

司会：上野先生、ありがとうございました。それでは、奥邨先生お願いします。

奥邨：神奈川県大学の奥邨でございます。よろしくお願ひいたします。最初に一言補足をさせていただきますと、確かに今、金子先生からご紹介いただきましたように、私は「権利制限の一般規定ワーキングチーム」ですとか、「技術的保護手段ワーキングチーム」や「技術的制限手段に係る規制の在り方に関する小委員会」に参加し、今日取り上げる話題の少なくない部分に何らかの形で関与させていただいております。ただ、今日ここで申し述べますことは、当然ではありますけれども、私の私見でございますので、決して委員会である

とかワーキングチームであるとかの見解ということではございません。このようなことをわざわざ申し上げなくても、今日ご来場の皆さんは充分ご承知のことだと思います。ただ、私事で申し訳ないのですが、先日誕生日を迎えて40も半ばになろうかというところでありまして、一これだけの人数がいたら誰か一人や二人は誕生プレゼントをくれるのではないかと、とそういうことではなしに一誕生日を迎えてつらつら考えますと、やはり「ちゃんとせないかな」ということを思っておりまして、従って、こういう場でも従来のように思いつきだけを述べたりしないとか、また皆さんにご迷惑をかけない、ということをして「ちゃんとする」のが第一歩かなというふうに思っておりまして、それで個人的見解であるということ念のために断らせていただいた次第であります。

話しが横道に外れましたけれど、今回の改正の大きなポイントは、先程から出ていますように3つで、1つは「権利制限の一般規定」、2つ目は「技術的保護手段に関する規定の改正」、それから3つ目が「違法ダウンロード処罰化・刑事罰化」に関する部分だろうかというふうに思います。

1つ目の「権利制限の一般規定」に関する私の感想といたしましては、正直「かなり絞り込まれたな」というふうに思っております。私自身は、ワーキングチームで関与させていただいている頃から、「一般規定」に関しては、俗な言い方をしますと「小さく産んで大きく育てる」というか、「適切に育てる」というのが現実的かなというように思っていました。そもそも概念のはっきりしない「一般規定」というものを、最初から大きく設定するという事は、少なくとも権利者の皆さんの了解はなかなか得られないであろうと思っております。一方で「一般規定」は、必要であると思っておりますので、規定の導入を重視する限りにおいては「多少小さくてもまずはそれが著作権の中に取り込まれることが重要だろう。それをみんなで大事に適切に育てていくことが重要だろう」と考えておりました。

従ってもし本来の意味の「一般規定」が導入されていけば、私自身は微力ながら、色んなところで、「決してこの一般規定を濫用するな」「濫用してしまえば将来この一般規定が成長していく芽を摘んでしまう」「本当に必要な時までこの一般規定は使うな」ということを、声を大にして訴えようというふうに思っていた次第でございます。箱入り娘、箱入り息子はですね、可能な限り世俗の垢にまみれさせずに育てて、しかるべき時まで大切にしたいという思いを持っていました。

この点、今回の条文に関して申し上げますと、残念ながら育てる余地というのはかなり絞られてしまったかなというところがございます。その意味では、本件に係わってきた人間としては、若干やはり淋しい部分があるなというふうに思っております。

「なぜそうなったのか」とか「それについてどう思うか」という点は今日これから議論されていくところだと思いますので、そちらに任せたいと思っておりますけれども、ただ1点だけ私見を述べさせて頂きたいと思っております。先程、永山課長のお話しの中にもありましたし、また審議会やワーキングチームの報告書の中にも頻繁に出てくる言葉として、「刑

法上の明確性の原則」ということが言われるわけでございます。これを今回の文脈に当てはめると、多少乱暴ではありますが、「著作権侵害というのは犯罪行為でもあるのだ。従って、その成否は明確でなくてはならず、一般規定というような不明確なものによって成否が左右されるということはよろしくない」というようなことになるのかと思います。そして、もし仮にこれが何らかの形で今回の「一般規定」の議論にある程度の影響を与え、今日の結果につながったのだとしますと、今後また必要があって「一般規定」について導入を試みたとしても、つねにこれがハードルになるというか、乗り越えなければならない壁として存在することになってしまい、以下に努力しても結局「実りが少ない」ということになるのではないかと思います。従ってどれ位の影響があったのかということも含めて、これから考えていかなければいけないのですが、ある程度影響があったのであれば、これをいかに乗り越えていくかということが、じつは「一般規定」について、再度導入を考えると場合には、大きな課題になってくると思っております。

それから2点目の「技術的保護手段関係」のところに関しまして、これは私自身が参加していた審議会やワーキングチーム等々で議論されてきた内容を反映した改正になりますので、それ自体については参加していた身として「特にコメントはない」ということになります。もちろん、審議会の結論やワーキングチームの結論自体を含め、「そういうのはけしからん」「改正はけしからん」というような色々なご批判やご意見があることは承知しておりますので、それを前提としつつ、そのワーキングチーム等々で決まったことが細かい条文は別としても一法律化されたのだと理解しております。

最後の「違法ダウンロードの処罰化・刑事罰化」については、後で申し上げますが、実際問題として私は平成21年改正の時に、「民事的には違法」であるというふうになったことによって、いつかはこういうことになるだろうな、なかなか避けられないだろうなというふうに思っておりましたので、「刑事的にも違法」となったこと自体には意外性は感じておりません。ただ意外だったのは時期でして、あまりにも早かったと思っております。平成21年にあれだけ議論をして一私はその議論に参加していませんが一色々な議論があって「民事的には違法」ということで結論を得たものが、わずか2年位で変わるのかという点には、意外感を持っております。それほど世の中は変わったのだろうか、と素直に疑問に思っています。そしてもう1つ、この改正に関してより大事なものは「条文を読んでも色々わからない疑問点が多々ある」というところであります。特に刑事罰という部分でもありますし、また今日も縷々お話があったように、私たちが教えている学生さんや、さらにはもっと若い人たちも含めて、誰にでも係わってくる問題であるだけに、「なかなかわかりづらいね」ということでは済まないとおもうのです。したがって、この分かりづらい部分は皆でどんどん議論をして明確にしていかなければいけない、と思っております。今日もその点議論があると思っておりますので、そこで私も勉強したいなと思っておりますというような次第です。どうもありがとうございます。

司会：奥邨先生、ありがとうございました。今のお二人のコメントについて、永山課長と福井先生から、今の時点で何かコメントがあればお願いいたします。

永山：コメントと言いますか、1点だけ、冒頭の基調講演でご説明するのを失念していた点で少し補足をさせていただきたいのですが、お二人の先生から今、「技術的保護手段」については今回の改正法が基本的に審議会報告通りというふうにご評価いただいています。1点だけ盛り込めなかったところがあります。それは任天堂DSなどで、その回避装置として売られている「マジックコンピューター」についてです。「マジコン」というのは、ここにいらっしゃる方はおわかりかと思いますが、正規品には正規品の信号を付して、それを任天堂のDSの機器が正規品の信号を感知するとゲームが遊べるようになるという形で、実際上ゲームソフトそのもののコピーはできているけれど、違法にコピーしても正規品の信号まではコピーできないので遊べないのだけれど、「マジコン」を使うと遊べるようになるというものが「マジコン」という回避装置です。これについては平成23年1月の「著作権分科会」報告の段階では、一任天堂の非常に個別メーカーの話で恐縮ですが「マジコン」の評価としては、侵害行為である複製を抑止する効果、正規品の信号を付すことによって違法にコピーしても遊べなくすることによって、違法複製を抑止しているという効果がある保護技術と評価をして、今回の見直しでも、「著作権法の規制の対象にすべき」ということでした。ただこれも法制局との調整で、任天堂の「マジコン」というのは正規品の信号はコピーできないのですけれども、ゲームソフトのプログラム自体はきちんとコピーできていることから、正規品の信号を付す意味は著作権の対象となる「複製行為」をコントロールするものではなくて、まさに「視聴行為」、遊ぶという行為、アクセスをコントロールしているものと評価せざるを得ないのではないかと。従って今回、これまで「アクセスコントロール」として評価され、著作権法では対象とはなりづらいと考えられてきた「暗号化技術」や「スクランブル技術」について再評価し、実際の社会的な機能として、「暗号化技術」は「コピー制御」にも使われている。そういう実際上の機能に着目して「コピー制御」をしているものは新たに対象にしましたけれども、「マジコン」についてはコピーを制御していない、まさに「ピュアアクセスコントロール技術」だということで、そこは今回の法改正では著作権法の規制対象にはならない。不正競争防止法の対象にはなりますけれども。従って、「マジコン」を販売するのは不競法違反ではありますけれども、著作権法としては著作権侵害には該当しないと、ここが審議会との差で重要なポイントでありますので、そこだけ補足をさせていただければと思います。

司会：福井先生、お願いします。

福井：私は先程の基調報告に対する補足を1つしなくてははいけません。永山課長はCRICで2時間版をやられるとおっしゃっていましたが、私も10月にCRICでこれの2

時間版をやることになりましたので(笑)、詳しくはそちらということでお願いいたします。

もう1つは、ちょうど「権利制限の一般規定」に関わることで、今出ました罪刑法定主義的な「犯罪行為は明確でなければならない」というところに少し感じたところがあります。この「罰則が明確でなければならない」というのは、おそらく2つか、それ以上の動機によって基礎付けられると思うのです。1つは、それは刑事罰というものの謙抑ということかなと思います。そしてもう1つは、予測可能性ということかなというふうに思います。

今回、「制限規定」が結果を予測しづらいではないかという意味で、予測可能性を高めるために「より明瞭な制限規定にしよう」としたというのは理解できる。しかし刑罰の謙抑性という観点からするとどうでしょうか。行われたことは、より広く解釈しうる「制限規定」を、より狭くしか解釈できない「制限規定」に変えたということになりますよね。ということつまり、刑罰の範囲を広げたわけです。罰則が科されるかもしれない範囲を広げることを、「罪刑法定主義や罰則の明確性」という議論から正当化する、はたしてこういうことはどうなのですかね。少し違和感を持ったところでありました。私は不勉強な領域なので、ぜひ皆様のご意見をいずれお伺いできればと思ったところです。

司会：私がある刑法の先生に聞いたところでは、「明確性の原則だけからすると、新しい違法性阻却事由をつくる時も明確でなければならないこととなる」とのことでした。ただむしろ問題は著作権侵害罪の既存の構成要件が広すぎる方にあるのでは、との指摘もされました。広く免責すると不明確になるからと狭く免責するということが、刑罰の謙抑性や処罰の適正性といった刑法の一般原則の観点から妥当なのかという点は、福井先生のおっしゃる通り、私個人としては問題があるように思えます。

福井：加えて、もし今回の改正でまだ拾えていないアンメットニーズがあったとするならば、結局人々はそれをやるわけですよ。それはやはり罰則が適用されるリスクを冒してやることになるので、少し気になる場所ですね。

司会：他方で、「今回改正されなかった部分も個別の制限規定の色々な解釈とかで対応可能だ」という内閣法制局等の考え方もあるということですが、それをすると却って条文を不明確につくる以上に不明確な状況となる恐れがあります。その辺りは上野先生のご論文等で指摘されていますが、そういう状況がいいのかという点は疑問に思います。後は、もし刑事罰がない状態で、今、著作権に刑事罰をつくとすれば、むしろそれは「明確性原則違反」になるのかもしれませんが。先に「権利制限規定」をつくって刑事罰の規定をつくと「明確性原則違反」になって刑事罰規定がつかなくて、先に刑事罰規定があると明確性の原則から権利制限規定がつかれない、というのもおかしいように思います。上野先生、奥邨先生から何かコメントがあればお願いいたします。

上野：刑事罰との関係でこの問題が激しく議論されてきたというのはその通りで、最後までその点が足を引っ張るというか、問題になったのだらうと思います。ただこれは、どうい一般規定をつくるのかということに大きく関係しているのではないかと思います。確かに大きな一般条項ということになりますと、それが不明確性を大きくするということになります。ただ、私がかつてよく述べていたキャッチフレーズのようなものがありまして、「あってもなくても変わらない一般条項」という、要するに、現状のままでも解釈論で適法にできるような場合があると、例えば、権利制限規定の類推適用で適法になる場合があると考えられまして、実際すでに裁判例でもそのようなものを認めたもののがかなりありますので、そうしたケースについて明文上の根拠を与えるものという意味での小さな一般条項というものであれば、たしかに一般規定はつくるけれども最終的な範囲はあまり変わらないということになります。ただ社会的にはそういう規定がある方が、そうしたビジネスに踏み出すということがよりやりやすくなり、委縮効果が小さくなると期待できますので、そうした規定を設けることには意味があるだらうと考えられますし、また、そういう規定であれば、刑事法との関係からしてもより問題が小さいと言えるのではないかと、いうふうに私は考えております。

奥邨：先程申し上げましたように、明確性原則の問題がどの位影響を与えたのかという問題と、今後それをどうやって克服するのか、それに対処していくか、ということは、「一般規定」に限らず、今後「権利制限規定」を導入する際に避けられない問題であらうと思えます。したがって、これからの第2ラウンド、第3ラウンドのために、今後、是非議論を深めていくべきだらうということを考えています。

## 2. 権利制限規定の新設

### (1) 一般規定の導入を巡る議論と平成24年改正

司会：ありがとうございます。まだ色々と議論すべきところはあるようではありますが、先に進んでいきたいと思えます。そもそもこの一般規定の導入をめぐる議論が本格化してきたのは、2007年に知的財産戦略本部の方で報告書が出て、それに基づいてということかと思えます。一般規定の導入に積極的な議論が出てきた背景、及びご自身の立場について上野先生に簡単にご説明をいただけますでしょうか。

上野：そうですね、もちろん2007年頃までには、日本にもアメリカのようなフェアユース規定を導入すべきだという意見がなかったわけではないわけですが、日本はアメリカとは法体系が異なるというだけでそうした考えは支持を得てこなかったように思えます。もちろん私もアメリカ法におけるフェアユース規定のようなものを日本に導入すべきとい

うわけではないのですが、他方で、私が当時、C R I Cで講演しなければならなくなって考えましたことは、日本の制限規定は非常に厳密でありまして、特に日本人は几帳面なものですから、これを厳格に解釈すると、日常生活が、これも侵害、あれも侵害ということになってしまうということになるわけでありまして。特に私のようなオタクと言いますか、条文を細かく読むタイプの方ほど、そうした細かいことばかり気になってしまいまして、それは現実的、社会的にみると結論として不都合と思われるケースがかなり多くあったわけですね。

特に当時は、ウェブアーカイブですとか、検索エンジンですとか、ネットオークションであるとか、写り込みですとか、言い出したらきりがない位たくさんケースがありました。

他方、例えば、同一性保持権にもある種の制限規定として一般条項としての受け皿規定があるわけですね。つまり、「やむを得ない改変」は許されるという 20 条 2 項 4 号の規定があります。ああいうものを、同一性保持権だけではなく、著作権に設けることが日本法で考えられてもいいのではないかと、受け皿規定としての一般条項を設けることを検討すべきではないか。これは決してアメリカのフェアユース規定をそのまま真似るわけではありませぬ。大陸法系の著作権法としてもできることがあるのではないかと、そのように考えまして、こうした問題を検討すべきだという講演をしたわけですね。

しかしすぐに反応があったわけではありませぬで、むしろあまり反応はなかったのですが、その後、中山信弘先生が、やはり一般条項が必要だというふうにご発言してくださってから状況が大きく変わりました。社会に対する影響力とはこういうものだと、私も思っているのですけれども、しかしこれではっきり状況が変わりまして、2008 年には知的財産戦略本部でも検討され、私も知財戦略本部のデジ・ネット専門調査会に入れていただいて、中山先生と一緒に、権利制限の一般条項に関する方向性を出して、その後、文化審議会が始まって、2009 年から法制問題小委でこの問題が議論されることになったわけですね。

ただ、具体的な中身の議論が始まりましたあと、2009 年 9 月に、私はドイツに留学することになりましたので、この問題を検討する審議会には最初の 6 回位ただけでした。それで、2011 年の 3 月に帰国して来た時には、ちょうど法制問題小委の最終報告書が出た後でありまして、その意味では、A B C という 3 つの類型については私自身は責任がないと言うとあれなのですけれども、私に関与しないうちに作成されたものであります。向こうにいるときも薄々は情報を知っておりましたけれども、こんなふうになったのかと感じておりました。

そのような次第でありまして、もちろん審議会の A B C 類型や今回の改正法については、あれを一般条項というのか、ですとかいろいろな議論があるとは思いますが、何はともあれ、権利制限の一般条項を設けることについて議論すべきだというふうに主張してきた私としては、すでに所期の目的はそれなりに達成されたと思っております。まあこれで終わったわけではないと思っておりますけれども、このような議論が行われたこと自体は非常に

意義があったのではないかというふうに感じております。

司会：今、上野先生のご発言の中で、中山先生のお名前が出ましたけれども、中山先生は確か2007年以前というか、2007年の著作権法の教科書を出版された時点では、「フェアユースの導入」にどちらかというあまり積極的ではないような書き方をされていたように思うのですが、2008年頃に見解が変わったのはどのようなご理由からでしょうか。フロアにいらっしゃるところ申し訳ありませんが。

中山：最近では日本も儒教思想が衰えて参りまして、弟子が師匠に答え難い質問をするという時代になって参りました。

確かに2007年に私が著作権法という教科書を書いた時にはですね、「フェアユース」を否定したわけではないのですけれども、「時期尚早ではないか」という感じがいたしまして、そのようなことを書いたわけでありまして。その後2008年に弁護士になりまして、特にネット関係の「アントレプレナー」とか色々な人のお話を聞いたり、あるいは私の横にいる弁護士が色々なリーガルオピニオンを書いたり、というようなことを見て参りました。

特にネット関係の「アントレプレナー」の行動を見ていますと、とても私なんかの発想では思いつかないような新しいビジネスを考えています。しかし、「著作権法上どうですか」と問われると、「これはやはり危ないかもしれない」というリーガルオピニオンにならざるを得ない。その結果、「どうしてもやりたいのならアメリカに行ってやりなさい」というようなアドバイスをするということが多々あったわけです。そういうことを考えますと、時期尚早ということはないのではないかと考え直しました。私が学者時代にお付き合いしていたのは、主として大企業の法務部や知財部の方が多かったわけです。彼等を見ていると、なかなか「フェアユースの規定」をつくっても利用をしてくれないのではないかというイメージがあったわけですが、もし一般的な「フェアユース規定」をつくれば、ベンチャー企業の方が利用してくれるのではないかと。なぜかと言うと、ベンチャーはリスクだらけなのです。大企業はどうしてもリスクを嫌いますけれど、ベンチャーの周りにはリスクだらけでリスクを取らなければ商売にならない。そういう人が最初に利用してくれるのではないかと。このことを考えまして、金子君に言わせれば「過激な思想に走った」と、こういう背景でございます。

司会：中山先生、ありがとうございます。大変失礼をいたしました。過激とまでは申したくなくて、私もまた「一般条項を導入すべきだ」と思っている一員であります。

そのような議論の中、審議会や法制問題小委員会等で議論が進められて、審議会の答申としてはアメリカ型の包括的な規定ではなく、ABCの3類型を対象とする提言がされました。その時にABCの基本的な3類型自体は、ワーキングチームの報告書の中にすでにその姿が示されていると思いますが、そのワーキングチームでの議論などで「なぜABC

の3種類の形になったのか」、その点について奥邨先生の方でご説明をいただけますでしょうか。

奥邨：ワーキングチームでの議論については、どなたがどういう発言をされたということは控えたいと思いますが、そもそも詳しいことは覚えていませんので、あくまでも私自身の受けとめ方として大きな流れを申し上げたいと思います。もっとも、先程の永山課長のお話しのおさらいのようなことになるかもしれませんが・・・。

今、上野先生からもご指摘がありましたように、ワーキングチームというのは2009年9月の法制小委で設置が決まりました。その際に法制小委の方で、ワーキングチームが検討すべき事項をまとめた一覧表のペーパーがつくられまして、ワーキングチームは、そこに挙げられた事項それぞれについて集中的に議論・検討して、後で法制小委で検討するからそのための材料、たたき台をつくりなさい、ということだったわけでありまして。この点、私自身の受けとめ方としては、それまで審議会の内外を含め、「一般規定の必要性」、また逆に「副作用」、また「どのような規定であるべきか」「ないべきか」と色々な議論がなされていたわけでありまして。そこで、それらを一度総ざらいして、整理して、法制小委にお示しするということが大きな任務であったというふうに理解しておりました。従ってABCの3種類になったというのも、そういう整理という意味では、それほど違和感のあることではなく、ある程度自然に受け止めていました。

またこれはワーキングチームに限らず、皆さんもご案内のように審議会・委員会などでは、別段毎回々々多数決を取って、「今回からはこう、次からこういうことで行きましょう」ということではなくて、ゆるやかなコンセンサスベースで次第に意見集約が進んで行くという流れではないかなと思います。ただ私が参加しましたワーキングチームは、一般規定に賛成の方ばかりが参加しているわけではなく、慎重な方もいれば反対の方もいる、色々なお考えの方がおられる場でした。そのため、何回か総論的に必要性や、「メリット」「デメリット」の議論をするわけですが、結果的にはお立場が違いますから、自分自身の発言も含めて、「空中戦だな」と思うところもありました。というわけで、そのままでは先に進みません。ただ、その直前に、法制小委の方で非常に丁寧に行われたヒアリングの結果が存在しましたので、そこに挙げられた事例を出発点に議論していくという流れで進められたわけでした、そうでなければ議論は進まなかったと思います。

また、類型になったというのは、むしろ一般化を狙ったからと理解しております。もし、1個々々の事例について、「これは権利制限必要」「不要」とやってしまうと、それは「権利制限の一般規定ワーキング」ではなくて、「個別制限規定のワーキング」になってしまいますので、たくさん挙げた事例の中で、共通化とか、抽象化とかして、できる限り「大きくくり」にしていくというようなことがなされ、結果「かなり大きくくり」にした結果出てきたのがABCの3つだったということでありまして。

さらに個人的な受け止め方を申し上げますと、この3種類は報告書にも「権利制限の対

象とすべき利用形態の3類型」とありますように、権利制限の「規定ぶり」に直結すること前提で、ワーキングで議論していたわけではなかったのです。少なくとも、私はそういう理解をしていました。したがって、その先の議論で、その3類型を「さらに包括化」するということがあってもいいかもしれないし、「分割する」ということがあってもいいかもしれないのですけれども、とりあえずワーキングの段階では、色々と共通項で整理すると3類型位まではできたということだったわけです。そこから先は、整理を越えた段階として、さらに議論が進められていくのかなと思っておりました。

この辺進め方についてはもちろん色々ご批判もあるのかもしれないのですが、与えられた情報の中で可能な限り、広いリーチを持った規定というのを考えていくと、3つ位に大きく分かれるのかな、という感じで議論が進んだということです。一般規定を3つに分割したというよりも、個別のものを積み上げていって、できるだけ抽象化、類型化して、ワーキングとしての整理の段階では、3つぐらいに整理ができた、一般化したら3つになったと、そちらのイメージを持っています。

司会：その後、ワーキングチームで整理された3類型について、法制小委及び著作権分科会の報告書等では、従前と比べより一般的な権利制限規定としてこの三類型につき改正をすべきことが提言されました。ワーキングチームでは整理をして、そういった改正をすべきだというのは法制小委及び著作権分科会の議論においてそのようになったという形でしょうか。

奥邨：少なくともワーキングへの検討の指示としては、「もし一般条項をつくるのであれば」ということが書いてありまして、それでその議論をするようにということになっていたので、一般規定をつくるかつくらないかについては特に議論をしないという形になったものですから、そういう整理になって終わったのだと理解しています。

司会：永山課長にお伺いしたいのですが、2009年に着任された時、あるいはそれから審議会等の議論等に係られた中で、「権利制限の一般条項」をめぐってその著作権課の内部、あるいは永山課長ご自身のお考えとしては、このような議論についてどのようなご意見を持たれていたでしょうか

永山：今回の法案化、法律化、条文化に至る経緯については、今、奥邨先生の方からお話にあった通りです。私が著作権課長に着任したのがまさにこの議論が始まった2009年7月で、ちょうど8月からまず第1回の関係団体43団体へのヒアリングが始まったという時期にあたります。1ヵ月位最初のヒアリングにあたったのですが、その時は中山先生もご出席だったと思いますが、「すごいところに来な」と思いました。要は議論がかみ合っていないのです。先程奥邨先生もおっしゃったと思いますが、議論が結構「空中戦」で、「フェア

ユース規定が入ってアメリカでこんなに経済効果があります」と言う先生もいれば、「アメリカでこういうベンチャービジネスがどんどん起きているのはフェアユース規定があるからです」とか、事実や事例に基づく議論というよりは、なんとなく印象論に基づくさまざまな「空中戦」が行われているということ、就任した時に強く感じました。おそらくこのままだととまらないというか、共通の土俵がないと議論が収束していかないなと強く感じて、そこからの経緯は奥邨先生がおっしゃったように、まずワーキングチームで事実とすべての主張の根拠をすべて洗いました。「これだけの経済効果がある」と言えばその原典にあたり、「アメリカのフェアユースの判例」ではどういう事で「フェアユース」が認められているのかなど、できる限り調べ、事実を基に議論していこうというその基礎をワーキングでつくっていただきました。

また今回の審議会報告の3類型については、100の事例を類型化して、その共通要素は何かという観点からまとめて、これを1つの出発点にして、ワーキングチームは先程奥邨先生がおっしゃったように「結論を出す場ではない」ということで、類型化までしてその必要性、そもそも「権利制限の一般規定を導入すべきかどうか」について両論併記のような形で、「ただやるとすればこういう類型について権利制限の一般規定の対象にすることが考えられる」というのがワーキングチームの結論です。その後公開の場の法制小委の方でヒアリングをしながら検討して、「この3類型について導入が必要」という結論を得て今回の審議会報告がまとめられ、法改正に至ったという経緯でございます。

司会：審議会報告後の具体的な条文のところは、先程ご説明をいただいた通りで、基本的には審議会の法文に沿って条文化をしようということですね。

永山：文化庁としては審議会でも2年間にわたってかなり濃密な議論をいただきましたので、それをベースに、当然、法制局だけではないのですが、法務省をはじめ関係省庁と調整をさせていただき、結果は先程ご説明させていただいた通りで、我々の評価としては少なくともA類型B類型については実質的にはほぼ審議会の報告とニア・イコールではないかと評価しています。C類型については2つに分割され、結果的に、今回の改正で実現できなかったのは、「個別制限規定がある部分」の延長線と言いますか、現行の「権利制限規定」、例えば「検索エンジンでいえば厳密に書いてあるがゆえに新しいサービスが読めないような部分」、そういう延長線上にある行為が今回権利制限の対象にはならなかったこととなります。要するにその部分が今回宿題として残りました。C類型についても、今回の新しい条文と平成21年改正も含めた既存の制限規定を合わせれば、C類型で実現しようとした世界というのはかなりの部分で実現したのではないかと私としては考えております。

## (2) 個別の規定(30条の2等)の検討

司会：今のご説明について何かコメントがあれば。特にないようであれば、今の点を踏まえて、個別の規定について少し検討していきたいと思います。

まず 30 条の 2 の「写り込みに関する規定」です。A 類型とこの 30 条の 2 ではあまり相違はないというご説明でしたけれども、細かい点では若干の相違があるようにも見受けられます。例えば、「写真などの著作物の創作」の場面に、条文の上では限定されていまして、単に写真を撮るという場合には直ちに適応はない。それが二次的著作物を作成するような創作性のある写真の撮影でなければ「適用されない」ということに条文の上ではなっているわけです。これは、どのような趣旨からそのような限定がされたのでしょうか。

永山：私のスライドの 11 ページです。これが、いわゆる「写り込み」に関する今回の制限規定 30 条の 2 です。今、司会の方からご指摘があったのは、最初の要件、「写真の撮影、録音または録画の方法によって著作物を創作するに当たって」というところで、出発点として例えば写真を撮ったというものが著作物に該当しない時にはこの 30 条の 2 の対象にはならないというのは、今、司会の方のおっしゃる通りです。「著作物に該当しない場合、単に固定カメラなどである風景を撮った時に写り込んだような場合についても対象にすべきだ」というのは、審議会の報告もそのような内容になっていたと思います。これも当然我々としては、基本的に審議会報告をベースに条文をつくり、それを関係省庁と調整するわけです。また宣伝になりますが、CRIC の次回の講演ではそこもポイントの一つで、配布資料の中で理由も書いているので一応その原案を読みます。なぜ入らなかったかという、直接的には法制局との調整の結果なのですが、その時の調整の考え方としては「著作物の創作」という要件がなければ、例えば「創作とは認められず、かつ違法行為にあたる例えば映画盗撮行為。映画の画面を盗撮した時に何か脇に広告があつて写り込んでしまったような場合も対象になるのではないか」というようなことで不合理な結果になってしまう。そういうこともあるのではないかとということで、今回は「著作物の創作」という形に条文としては限定をしたというのが、今回の条文の検討における経緯ということなのです。

司会：今の点は、ただし書きだけでも充分に対応できるような気もするわけですが、  
「トランスフォーマティブユース」という発想で入ったというよりは、そのようにかなり侵害とすべきような事案についても侵害となるかのような誤解を生まないために、とりあえず創作に限定をしてきたと、そのような趣旨ということですね。同じように、生放送で写り込んだというような場合も今回の条文から適用されないのですが、それは何か理由があるのでしょうか。

永山：今回の条文化にあたりましては、審議会での議論でもそうですが、基本的に「写り込み」が想定される場合というのは、「静止画動画の撮影、そして音」というものであり、それらを対象に主に検討が行われきました。生放送をことさら除外するような主旨ではな

いのですが、当初主に想定され、議論されてきたものを条文化したということです。したがって、今回、結果的には生放送でどこかで中継していた時に写り込んでしまって生で録音・録画が伴わず流れてしまったような場合については、今回の条文には直接的には当たらないこととなります。おそらく他にもそういった例はいくつかあるのかもしれませんが、典型的な「写り込み」といわれるものを、「明確性の原則」を踏まえながら条文化したと、そういう経緯の結果ということでございます。

司会：そのように見て行くと、今回の改正は要件を満たさなければ侵害になるというばかりではなくて、必ずしもその要件に形式的には当たなくても、なお実質的には侵害にならないという余地が結構ある改正のようにも見受けられます。その点も踏まえて福井先生のスライドの1を。福井先生のスライドでも指摘されました、「写し込みの軽微な構成部分」の問題について議論したいと思います。では福井先生お願いします。

福井：前にお話しすべきだったかもしれないのですが、今回の審議全体について1つだけコメントしてからでもよろしいでしょうか。

今回の審議経過はよく分かった気がするのですが、つまるところワーキングチームにおいては、「現在どういうニーズがあるのに制限規定がないから困っている」ということをあぶり出す作業を主になさったように思うのです。それは「立法事実をとらまえる」という意味では非常に必要なことだと思うのです。「今現在、規定がないから困っているニーズとしてABCがあるよ」、あるいは「ABCは制限規定を設けてもいいニーズではないか」があぶり出された。では「それに対応する条文をつくりましょう」という話しになり、その過程で大分絞り込まれた。ざっくり言うとそんな風に理解しました。それで法制局という、ちょっと我々が普段あまり意識していない力が結構働いた。この過程で、ポコッと落ちていると思う点は、あるいは逆にどこかで大きな判断がされたのだと思う点は、「フェアユースというのは本来現存するニーズをすくうためにある制限規定なのか」という問題ですよね。

言うまでもないけれども、例えば今から10年以上前に、「検索エンジンに対する制限規定」のニーズをいくら社会の中で問い合わせたところで、誰からも出てこないわけです、知らないから。そうすると、おそらく「フェアユース」というのは現存する顕在化したニーズだけではなくて、これから生まれるであろうニーズのために、「我々はまだ知らないけれども、こういう基準を満たすものだったら権利者にとっても迷惑はないから、設けても良いのではないか」という「制限規定」ですよね。それを設ける時に、「現在どういうニーズがあって、ではそれに個別に対応する」という価値判断。その価値の大きな転換が一体どこで起きたのかについてこの場で答えを求めると、きっと長くなるのでそれはしないにしても、少し指摘しておきたいなというふうに思いました。そしておそらくその問いかけは、未だに我々の前に残されているのだろうというふうに思うのです。

司会：今の点について奥邨先生、何かコメントがあればお願いします。

奥邨：確かにそういうご批判があるということは事実かと思えます。ただ一方で、何て言うのでしょうか、私自身はアメリカの「フェアユース」も色々と研究してきましたけれども、よくよくみてみると、実際問題として、それほどリーチが広くないのも事実なのです。確かに、時々、新しい利用を取り込むということがあるのですが、それも期待しているほど柔軟なものなのかどうか私自身まだ判断がつかないところがあります。ですから今ご指摘のところは、もちろんそうだとは思いますが、一方で、先程申し上げたように「小さく産んで大きく育てる」ということでよかったのではないかと、フェアユースを踏まえても、大きな規定というのは難しいのかな、というのが私の現実的な理解であります。

福井：これはわが国の立法のあり方ということで、最後にお話しすることなのかもしれないのですが、確かに従来わが国の立法論の考え方というのは、この著作権法に限らず、立法を必要とする事象が前提とされてきたようであるわけですね。つまり現時点で具体的な不都合が生じていて、立法を必要としている状況になって初めてそれに対して最小限の改正をするという立場ではないかと思えます。確かに法律がころころ変わってしまいますと社会が安定しませんし、予測可能性も失われかねませんので、こうした考え方が重要だということもわかると思います。けれども、ここで議論している「権利制限の一般規定」というのは、すでに生じている個別具体的な問題だけではなくて、将来何が起こるかわからないという「変化と多様性」に柔軟に対応する必要性があるので検討されてきたテーマではないかと、そのことを踏まえるべきではないかと思えます。

その観点からしますと、現時点で具体的な事象は存在しないとしても、具体的な事実が発生してから立法対応するのでは充分でない場合がありますので、そういう意味において「抽象的な立法事実はすでに存在する」という考え方をとるかどうかが、立場の分かれ目なのかなという気がします。この後もし「一般規定」を設けることができるかどうかということになると、そうした基本的な立法の考え方というのが問われることになるのかもしれないというふうに考えています。

司会：先程、「空中戦」という言葉がありましたが、もしかしたら「空中戦」を地に足を付けた議論をしようとしている中で、色々な事例を検討しているうちにそれぞれの事例に対応するものという形の議論になってしまったのかなという気もいたします。

大きな議論をした後で、個別の解釈をするのはあれですが、では30条の2の「写し込み」の例に挙げた、ミッキーマウスと腕を組んだ写真の例ですけれども、上野先生、これは解釈論として検討するとしたらどうなりますでしょうか。

上野：私が 2007 年に講演をさせていただいた時にも、こういう例をたくさん挙げました。ディズニーランドに行って、ミッキーマウスと一緒に写真を撮ったものをブログにアップするというケースについてもそうでありまして、これが適法かどうかという点と必ずしも明確でないのですが、なんとかして適法になるように解釈したいなと普通は思うのではないのでしょうかね。ただまあ、ミッキーマウスがディズニーランドを歩いていれば、これは来場者が写真を撮ってアップすることを黙示的に許諾していると評価できるのではないかと考えられますので、結果としてこれは適法であるという評価も確かにできようかと思われまます。ただ今回の規定がどこまでカバーできるのかという点では、今の問題とは別に、やはり問われるべきだと思います。

福井先生がお挙げになったいくつかの例は、まさにそのことに関わるわけでありまして。それで「写し込み」というのはどうなのかと言うと、確かに諸外国のイギリスとかドイツにも偶然の写し込みに関する規定がありますが、ドイツなどでも意識的に写し込んだものは適用の対象外だとするような解釈もあるようですから、意識的な写し込みは今回の規定の対象外と解すべきでないかという考え方もあろうかと思われまます。ただ今回の審議会の報告書におきましては、「写し込み」が直ちにA類型から除外されるというわけではないというふうにも書かれております。今回の条文で言うと、「分離することが困難であるため付随して対象となる」と言えるかどうかということが問題になるのだらうと思われまますけど、結論としてはあまりはっきりしないところがあるようにも思われまます。つまり、写し込んだのであれば「付随」したと言えるのかどうかということにならざるを得ないだらうと思われまます。ただ日常生活においては、「さあ写真を撮りましょうか」といった時に、「では何々をバックに撮りましょう」ということがあるわけですね。その時に、除外することが可能なのに外さなかったからこれは「付随」ではないなどというように、写し込みならばアウトということになってしまっているのかという気はするわけですね。もちろん、ほかにも 41 条とか 46 条といった規定もありまして、あれで救われる場合もあるのですけれども、例えば、原作品が公園とかに設置されてなければならず、それ以外は適用されないなど、それで救われない場合は、なお今回の規定の適用が問題になると思われまます。

そうだとすると、こうした制限規定は典型的にシロなものを規定しただけであって、そうした制限規定の類推適用もあり得るというお考えも金子先生が示されまして、確かにそのような解釈も否定されてはいないのだらうと思われまます。ただ、昨今の改正によって詳細な個別規定が増えてくれば増えてくるほど、その要件はどうしても反対解釈されやすいところがあるのではないかと思われまます。例えば分離困難ではないけど 30 条の 2 の類推適用によって許されるとか、「創作」ではないけれど許されるというような解釈がどこまで可能なのか、これだけ改正が頻繁な著作権法において、そうした柔軟な解釈がどこまでできるのかな、という点はやや心配が残るところであります。

福井：「類推解釈」については、私もほぼ同意見でして、もちろん使わざるを得ない場面で

は使っていく勇気というのも現場には必要だなと思います。反面、実務家として、例えば過去 10 年間書いたリーガルオピニオンの中で、「これは条文解釈からすると明らかに外れるのだけれど、類推解釈で多分いけるでしょう」と書いたことは、私は一回もないと思うのですよね。

それほど「条文解釈」というのは重いです。例えば「これは法人の著作名義で公表されていないけど、明らかに従業員の著作名義で公表されているけど、類推解釈で職務著作になるでしょう」という意見を言うかということ、言うのは構わないけれどそれは「実務家として誠実な態度なのか」というところまで、おそらく行くと思うのですよね。やはり「類推解釈」は現場ではなかなか容易ではない。つまりラストリゾートです。

司会：他方で、今回の審議会での議論やワーキングチームの報告書などでも、「類推解釈についても可能性はある」、また今回の法改正についても、外れるものが侵害になるという趣旨というよりは「シロだ」ということ自体は議論の中でも示されているわけで、そのような意味ではこれまでの「権利制限規定をめぐる議論」よりは、そういった議論が多少はしやすくはなるのではないかと思います。とは言っても、そういう議論があるからと言って、では「リーガルオピニオンでシロだ」と書けるわけではないという点は、ご指摘の通りだと思いますので、そういった意味ではやはり「一般の法律にもそう書いてある」と言いやすい条文が入った方が良かったのではないかなと個人的には思うところであります。もし何か今の点についてコメントがあればお願いいたします。

奥邨：2点だけ補足したいのですけれど。まず「写り込み」の問題について、アメリカの「フェアユース」との関係を示し上げますと、アメリカでは、「フェアユース」として認めるよりは、通常これは「デミニミス」、すなわち「非常に些細なものだ」と言って処理するケースの方が多いのかなと理解しています。今、アメリカで「フェアユース」に当たるか否か判断する上では、「トランスフォーマティブ」かどうかということが決定的になっています。この「トランスフォーマティブ」という言葉は訳すのが非常に難しく、私自身は暫定的には「変容力がある」というふうに訳しているのですが、生物学の先生などに聞くと、「“トランスフォーム”というのは、さなぎが蝶になるような“変態”のことだ」と言われます。そのまま訳すと、「変態力がある」というふうになるので、これはちょっとさすがの私も勇気がありませんで、「変容力がある」と訳しているのですけれども、本来そういう意味な分けですから、「かなり変わる」ということなわけです。そうすると「写り込み」にしても「写し込み」にしても、何も変わらないですから、それらをトランスフォーマティブと言うのは非常に難しいわけです。したがって、通常は「デミニミス」で処理できる範囲だけ処理をしている、すなわちこの条文で言えば「軽微性」というところで処理をするというわけです。

次に今度の条文との関係で「写し込み」について言えば、私は「分離困難性」等々のと

ころで読んでいくことになるのだらうなと思っております。「分離困難性」のところは、先程課長からは「社会通念上」というお話がありましたが、私はそれプラス「軽微性との相関関係」も踏まえて判断されないかなというふうに希望をしています。すなわち軽微であればあるほど、「そんな軽微な物を一々分離するのは困難だ」と言ってもらう。小さければ小さいほど、軽微であれば軽微であるほど、もうそれは他の要素に係わらず困難だというふうにならないか。それでは軽微でない場合はどうなるかという、これは「分離困難」であろうがなかろうが、軽微でなければ、この規定は適用されないわけですから、軽微であるということと「分離困難性」をある程度関連づけていくことで、「写し込み」「写り込み」という、あまり細かい議論をせずに、ある程度の部分は、実際問題として処理ができていくのではないかなというふうなところを少し思っております。

司会：「軽微で分離できて、不当に利益を害する場合、どういう場合があるのか」とか色々論点はありますが、先に進みたいと思います。次の30条の3ですけれども、この条文自体は非常に明確で簡潔で主旨もわかりやすい条文であろうと思います。むしろ問題はB類型から狭まった、権利制限規定などとの関係での適法な利用の行為の前段階での複製行為などの扱いについてですが、この点については永山課長の説明または上野先生のコメントでも、「個別の制限規定の趣旨」としてそういった前段階での利用も含んでいる場合があるのではないかという議論があったということでしたが、そのような議論について奥邨先生はどのようにお考えになりますでしょうか。

奥邨：少なくともワーキングチームでは確かに両論ありまして、前段階での行為についても権利制限の対象となることを明記するのが「必要だ」という意見と、「個別の権利制限規定の中である程度読み込める」、すなわち「結果が良いけれども途中をやってはだめだよ、という矛盾したことを個別の権利制限規定が求めているわけではないだろう」というご議論もあって、そういう意味では意見が分かれていたことも事実であります。ただ議論はありましたが、ワーキングとしては先程も申し上げた通り、できるだけ広く取り込んでいって一般化していくという趣旨がありましたので、私はやはりこれも「一般的制限規定」の中に取り込んでいくという方向で、とりあえずはワーキングとしての意見集約できていたのかなと思っておりました。

したがって、私自身は、今日のお話を聞くまでは、条文化されなかった部分すごく心配をしておりました。せめて、ワーキングなり審議会でも出たように、「これは権利制限の個別規定である程度読めるから心配ない」という「整理が復活」しているということであればいいのだけれど、そうではなくて「条文のままだ」ということだったら困るなと思っておりました。今日のお話では、その辺は、少なくとも立法化の過程、条文化の過程では整理が復活したということになったのであれば、かなり安心しております。したがって、今後色々なところでその点を強調して頂きたいと思えますし、私自身もその旨機会がある

度にお話ししていきたいなと思っております。

司会：今の点について何かコメントがあればお願いいたします。

永山：おそらく今日、私が最初に基調講演で説明させていただいた内容というのは、条文だけを見ただけではわからない部分も多々あったと思います。また、今日は説明できなかった詳細な論点もいくつかあるものと考えています。先程、30条の2に関して議論になりましたが、具体的にどういう場合が対象で、どういう場合が対象でないのかということ、そのすべて網羅的に示すのは無理ですが、「典型的に対象になる例」「典型的に対象にならない例」について説明した解説書、これまでのいわゆる解説よりは詳しいものをつくりたい、来年の1月から施行になるので、その施行前につくりたいと思っています。今日は奥邨先生も少し安心されたと言うことですが、疑問に思われている点がおそらくそれぞれの方に多々あると思いますので、そういう点について一定程度明確に示せるものをつくりたいと思っておりますので、その点だけご留意いただければと思います。

司会：では次のC類型に対応する30条の4と、47条の9ですけれども、30条の4の条文自体は明確でしたが、ただ47条の9については、これは具体的にどういう場合が当たるのかというのは、色々と問題になるころだろうと思います。先程例に挙げましたのは、YouTubeなど「動画の複製形式の変換」と、Facebook等の「投稿のデータの処理」ということでしたけれども、他にこの47条の9に当たりそうなものはどういうものが考えられるでしょうか。福井先生お願いします。

福井：これは、私からむしろ永山課長へのご質問なのですけれども。携帯電話などいわゆる通信回線が今、混み合って足りないと言われるわけですよね。そうすると、そこに大量のデータを流すためにデータ圧縮する「ダウンサイジング」をやらないと詰ってしまうという場面があります。自動的な「ダウンサイジング」は、実際需要がかなりあって行われていると思うのですが、それはここで拾うと考えてよろしいでしょうか。

永山：平成21年改正で一部該当している可能性もあると思いますが、今回の47条の9で言えば2つ目の要件の「情報提供を円滑かつ効率的に行うための準備に必要な」と言えるかどうかは問題になります。それに該当するかどうかはもう少し詳細に聞かないとなかなか判断は難しいと思います。

福井：では議論としてはあまりされてはいなかったということですね。私もどんなやり方をしているかを、ここでパッと申し上げられる知識はないけれども、聞く限りでは、配信用のサーバーにあるデータで、当然ながら配信をするための、つまり「公衆送信」するた

めの権利処理は済んでいるとする。ただ「ダウンサイズ」するわけですから、データ圧縮するわけです。それ自体が改変に当たるのかという問題はともかくとして、一回複製するのは間違いない。それを送付前か、あるいは中継のサーバーの段階ですることがあると聞きます。パッと読むと入ってもいいのかな、もちろん、送信そのものの「権利処理」が済んでいる場合ということになりますけれども。

奥邨：私は平成 21 年改正も一部関係した部分もあるのですがけれども、今のようなお話しというのは、どちらかと言うと平成 21 年改正の時の議論に近いかなと思います。今おっしゃったように「権利の許諾」を取っているものの利用に関連する部分は、どちらかと言うと許諾のリーチの中で考えることになるのではないのでしょうか。当然情報システムというのは、福井先生がおっしゃったようにできているわけです。インターネットの通信というのはそういうふうに行っているわけだから、その範囲である程度複製したり改変したりするのは当然許諾の範囲ではないかと思うわけです。「著作物、送信してもいいけど、途中でキャッシングしちゃだめよ、みたいなことは普通は言わないよね」ということだと思うのです。ただ心配なのは、無許諾なものが送信されている場合、それを情報通信業者が中身はよくわからないけどまとめてキャッシングしたり、バックアップしたりしてしまうと、そもそも許諾がない訳なので、さっきのような議論は当てはまらないわけです。そういう場合を念頭に、21 年改正は議論をした記憶があるのですね。ですからもし、福井先生がおっしゃっているものが、「権利許諾」が全部済んでいるのが前提だということなら、私は必ずしも 47 条の 9 が出てくるケースではなくて、むしろ「ダウンサイジング」するということはある程度その許諾のリーチの中に入ってくるのではないかなというふうに思いますし、「入っていない」と言うこと自体どうなのかなという気はしなくはないのですけど。

福井：だからまさに形式的な侵害の問題で、だからこそ拾ってもいいのではないかという議論になるだろうと思うのですが、ありがとうございます。

上野：この 47 条の 9 はですね、Facebook とか YouTube、あるいは Twitter などともそうかもしれないですが、要するにユーザーがアップしてきたコンテンツについて、その情報処理を効率化するために、典型的には Hadoop などの並列分散処理の際に一定の複製等をしてもいいということなのだろうと思うんですね。もちろんユーザーの間では、ユーザーが権利を持っているものについては、契約によって処理できるわけですが、ユーザーがアップロードしてくるコンテンツの中には、ユーザーが権利を持っていない第三者の、もしかしたら違法なコンテンツが含まれているかもしれないと。ただそういう情報提供サービスを行う際に、これを効率化するために複製することが一定の範囲で可能になるという、そういうところに意味がある規定なのだろうと思います。

ただ、この条文をよく見ておきますと、例えば「情報通信の技術を利用する方法により

情報を提供する場合」と書いてありまして、情報通信であればインターネットでなくてもよくて、他の情報通信でもよいですし、将来登場する情報通信の技術でもいいわけです。また、情報提供といってもさまざまなサービスがあるわけじゃないですか。そうすると、これからどんなサービスが出てくるかはわからないけれど、そうしたのも一般的にこの規定が適用される対象に含まれているということになります。もちろん条文の最後は「記録媒体への記録又は翻案」となっていて、これはちょっと狭いと言え狭いのですけれども、ただこの47条の9という規定と、30条の4という規定もそうですけれども、将来の変化にも対応できる比較的一般性の高い規定と言えるのではないかという印象を私は持っているところです。

司会：この規定の読み方としては、情報提供行為自体を免責するものではありませんが、情報の提供行為が侵害となる場合であってもこの規定はなお適用されるという意味では、ユーザーが勝手に他人のものをアップロードした場合にも適用される規定になるということですね。こういう結構色々な具体的な使い道がなかなかすぐにはわからない規定こそが「一般規定」といえるものかもしれません。

上野：この30条の4の方についてはあまり議論しなかったと思うのですが、こちらの方も「技術の開発又は実用化のための試験」ということであれば、どんな技術でも適用対象になるということになります。技術の研究をしていけば大体開発か実用化のどちらかに当たるのではないかという気もしなくはありませんので、その適用範囲はかなり広いのではないかという気がいたします。確かにこの「著作物の録音、録画」と書かれてはいますけれども、この後には「その他の利用」と書かれていて、最近の法例用語では「その他の」と書いたら、その前に書かれているものは例示であるということなので、「録音、録画」に限らずどんな技術でも、それを開発したり実用化するためであればこの規定の適用を受けることができることとなります。しかもこの規定の許容している行為というのは「利用」することができるということで、非常に広いものと言うことができますよね。また、この規定にはただし書きも設けられていません。もちろん、「試験の用に供する場合」という限定はありますけれども、この規定は、かなり一般的な規定のように思います。したがって、今後は、この条文をじっと眺めながら、あれもこの規定でできるのではないかと想像を膨らませる意義もある規定ではないかという気がいたします。一説によると、今回規定が設けられるに至らなかったリバーズエンジニアリングとか、ああいうものもこの規定で拾えなくもないと言う人もいるぐらいです。

冒頭、この2つの規定は比較的一般性のある規定と言えるのではないかと申し上げた理由はそこにあります。

司会：その上で、少し細かい点をお聞きしますけれども、30条の2と30条の3にはただし

書きが付いていて、30条の4と47条の9にはただし書きがついていないというのはどういう理由でしょうか。

永山：それぞれ、ただし書きで想定するようなものがあるかどうかという議論をして、あるところには付け、ないところには付けなかった。要するに、条文の本文に該当する場合で、不当に害するようなことが基本的に想定されないものについてはただし書を付けなかったということです。

奥邨：今の関係で特に私が違和感を持つのは、30条の2の2項なのですね。こっちはただし書きはいらないのではないかと。1回つくった時に「特に利益を害していないよね」と判断されたら、今度利用する時にもう1回同じことを判断する必要まではないのではないかと思います。1回ゴーだったら次もゴーで良かったのではないかと、という感じです。その意味では、ここは非常に丁寧だなというように、少し違和感を持っています。具体的な様子が想像できないせいもあるのかもしれないですけど。30条の2の2項のただし書きが発動されるような場合はあるのでしょうかね。

司会：これはむしろ、1項のただし書きがなくてもいいのですかね。1項は、創作する時だけの規定があって、それでその後実際に利用するのが2項ですよ。ですから2項の時にただし書きがあるのはいいけれど、1項になくてもいいという措置でもいいのですかね。両方あるのがおかしいというか。

福井：こういう議論ってあるのですかね。仮に現状、たとえ「軽微な利用」であっても現に「ライセンス」しているという実態があって、お金をもらっているという実情がある時に、それを今後は許可なしにやられるとすると、「著作権者の利益を不当に害する」というような、そういう解釈の可能性については議論されたことはあるのですか。

司会：確かに、「写り込み」についてもお金を取るようなライセンスビジネスというのが確立した時に、このただし書きがどのように解釈されるのかという問題はあり得るかもしれませんね。

上野：この1項というには、その写り込みの写真等著作物を創作するという時の規定ですよ。そのうえで、2項が、そのでき上がったものを利用するという時の規定と。そうすると、最初に創作する時にもそういう許諾を得たりするような場合があるかもしれないし、そうすると正当な利益を不当に害する場合もあるかもしれないということですかね。そういうケースがないのであれば、但し書きを入れても、結果としてあまり変わらないのだと思いますけどね。

福井：3ステップ全体に係わる問題で、別に今始まった問題ではないのですかね。

司会：私自身はどちらかというと、30条の4や47条の9の方が、ただし書きが問題になる局面がありそうな気もするのですが、むしろ入らなかったことは使い道が色々あるのかもしれない。濫用的な使い道という趣旨ではないですけども。

### (3) パロディ・一般規定を巡る今後の議論

司会：それでは個別の規定はこれぐらいにしまして、今後、「パロディ」についての議論、またそれと合わせて今後の「一般規定の導入の可能性」という点について伺いたいのですけども、福井先生のスライドの2を示していただけますでしょうか。今、その「権利制限の一般条項」をめぐる議論の中で、「パロディ」については別の形で議論をするということになり、「パロディ」についての議論がまさに法制小委でも始まったという報道がされておりますけれども、この点について上野先生、今どのような議論がされているのか簡単に解説をしていただけますでしょうか。

上野：パロディに関しましては、権利制限の一般規定の中で議論すると、一般規定の議論がまとまらなくなるので、外出しにしたのだらうと思います。それで、パロディについては今年から検討するということになりまして、3月に海外の状況についての報告書をまとめた、そういう状況であります。今後は、今年の審議会でもワーキングチームをつくって、具体的な準備作業を検討するというので、小泉先生の下に私もメンバーで入らせていただいております。というわけで、これから本格的な議論を行うということなのですが、実際にパロディの規定が本当にできるのかという点がよく分かりません。あまりネガティブになってもしょうがないので、できるかもしれないのでがんばってみようというふうに思うのですけど。

また、先程福井先生からもご指摘がありましたように、ここで念頭に置いている「パロディ」というのは、国際的にもさまざまな意味で多義的に使われている「パロディ」という言葉のどれか特定のものでもないのかもしれない、もしかしたら「二次創作」と最近呼ばれているような広い意味なのかもしれません。パロディというのは狭い意味では、批判・批評の目的を持った他人の著作物の利用ということになるのかもしれませんが、検討対象はそれに限定されていませんし、また批判・批評というのも、その著作物を批判・批評している場合だけをパロディというのかとか、その著作物を通して別のものを批判・批評している場合はどうするのかという問題もあります。フランスなんかでは、ある種のユーモアがあればいい良いというような議論もあるようです。さらにそれにも含まれないような同人誌とかいったものもあるわけですし、こうしたものについては、「二次創作」と

は言えるけれども「パロディ」かどうかはわからないし、そもそも許されるべきかどうかはわからないというところでもあります。

こういったことを議論していくという認識でおります。もともと、実際に一定の基準をもった規定をつくってしまうと、これまた反対解釈されてしまい、それ以外は適法ではないというような解釈を導いてしまうかもしれませんので、そうだとすれば、それはあまり良いことではないのかもしれませんが。したがって、これから検討しても最終的にどんな判断がなされるかはわからないなというふうには感じております。

福井：ちょうど今から1ヵ月強前でしたか、とても似た感じのホールで（笑）、日本マンガ学会のシンポジウムというものに出させていただいて、「同人誌と著作権」という話をいたしました。同人誌界限の方も登壇して、あるいは現役マンガ家の赤松健さんとかとお話しをしました。現在、コミケ（コミックマーケット）等で売られている同人誌の中でラフに見積もって75%位が多かれ少なかれ「パロディ系」であろうというような数値が出た上で、「ではパロディ規定の導入を求めますか」一別に会場の意見を募ったわけではないけれども一という質問に対して、全体としては「少し怖い」という空気の方が強かったように思います。その理由の1つには、今現在の同人誌界限のメンタリティは、「自分達は目立たずファン活動の延長でやっているから、お目こぼしを受けているのであって、堂々と“法律をつくって認めろ”と主張するような存在とは少し違う」というものにも思えました。もう1つには、同人誌があまりにも巨大ビジネス化したことです。今、同人誌市場は年間数百億円と言われ、超人気のサークルなどは数千万円を3日間で売り上げるとさえ言われます。その時に、おそらく「パロディ規定」の内容がどうなるかが、その基準がどうであろうが、数百万、数千万円売り上げるパロディ同人誌が許容される可能性は高くないのではないかと。だとすると、そういう規定ができることで明瞭に「クロ」になってしまうダウンサイドの方が大きいのではないかと、というような空気も感じたところでした。

司会：そのような意味では、「パロディに特化した規定」というよりも「パロディをも含まれるような一般規定を導入すべきだ」という議論があったわけですがけれども、今回の審議会の議論では「パロディ」について議論すると非常にまとまらない、まだまだ色々な「パロディとは何か」という問題もあるのでということで、今後の検討課題とされたということです。ただ他方で、中間まとめでは「個別の権利制限域として検討すべきである」となっていたのに、「注」が付いて、「検討の結果、一般条項で扱う可能性もある」というようなことに最終的な報告書ではなっていたということもありますので、今後「パロディの議論」などを契機として、さらに包括的な一般条項を再度導入するという議論ができる可能性もあるかもしれません。その点を踏まえてお聞きしたいのですが、今回の法改正を踏まえて、改めて「より包括的な一般条項」—どう使われるかによりますけれども—を導入すべきと思われるのかどうか、という点についてコメントをいただければと思います。まず、

先程コメントありましたが、福井先生からお願いをいたします。

福井：その前に1点だけお伺いしていいですか。今回の議論がまだどうなるかわからないというのは百も承知の上でお伺いするのですが、「サンプリング」が入ってくる可能性はありますか。これは主に隣接権の方面かもしれませんが。著作権的に言うと、「典型的なサンプリング」というのはおそらく著作物の利用にはならないケースが多いかなと思いますが、隣接権は及びますよね。

上野：サンプリングにおいては、例えば、音の素材を単体で録って来てそれを別のものを使うということになりますので、著作権的には曲の一部の利用に当たると言えない限りは権利が及ばないのですが、隣接権としてのレコード製作者の権利ですとか、実演家の権利はこれに及んでくるかもしれないですよ。確かにそうやって他人の成果物を利用して新しい創作行為を行うことは、一定の場合には適法とされた方が、そうした二次創作というような活動が促進されて良いというお考えもあるのかもしれませんが、ただそこまでの二次創作を許容するという点については、少なくともこれまでは検討対象になっていないように思います。ただ広い意味でのパロディを検討するという以上は、そういったものも検討課題にしたらおもしろいのではないかと個人的には思いました。

福井：その辺はつねに法律上の制限規定があるかという問題と、実際に「許諾」を取るためのシステムがつくれているかということとの相関関係ですよ。一定のお金を払うことで「サンプリング」が自由にできるのだったら、その金額が例えばアメリカで問題視されているように高すぎるといことがないのなら、「別に払うのは構わないよ」というクリエイターも多いのではないかと思うけれども、日本の場合はその仕組み自体がない。

そんな前ふりをした上で、「一般規定」に関しては、私は再度その議論をしていき、導入されていくべきではないかと思えます。

司会：上野先生はいかがでしょう。

上野：どのような内容の一般条項を念頭に置くか、というのにもよるわけですが、私としては受け皿規定としての一般規定があってもいいのではと考えておりましたし、それについては今後も検討すべきだろうと思います。ただもちろん、そうした一般条項を設ければ、これによって、個別の権利制限規定の検討が意味を失うわけではありません。つまり、一定の定型的行为が結論として許されるべきだという判断がなされれば、それについて個別の権利制限規定を設けて、そのことを明確にするということが必要ですし、有意義です。

もちろん、権利制限の一般条項がなくても、解釈で解決可能な部分だというお考えがあ

るのも確かであろうと思います。ただそれで本当に十分なのかどうかというところが問題であります。私がよく言うのは、「変化と多様性」というものでして、そうした変化と多様性に対応するために必要があるというのであれば、何らかの形で「あってもなくても変わらないような一般条項」を設けるというだけでも、十分な意味があるのではないのかというふうに思っております。

一例にすぎませんが、最近、「震災アーカイブ」をつくるということで、復興計画の中にも書かれておりますが、インターネット上に存在する震災に関する映像や動画、あるいは写真を保存して、それを後世に伝えるべきだという動きがあります。著作権法上、平成 21 年改正によって設けられた 42 条の 4 というのは国立国会図書館がインターネット資料のアーカイブを作ることを許容しましたが、そこで収集できる「インターネット資料」とは、官公庁あるいは地方公共団体の提供する情報など非常に限定的でありまして、例えば私人が YouTube にアップしたムービーなどは国会図書館でも権利者の許諾を得ない限り保存できないということになるわけです。そうすると、ではこの震災アーカイブを作成するために一定の範囲で著作権を制限する個別規定をつくればいいではないかということになるわけですが、この制限規定を作るために例えば 1 年位かかるとしますと、そうこうするうちに、そうした映像などが失われてしまう可能性もあるわけです。確かに現状でも、権利者の許諾を受ければ保存できるということで、今これについて大変なご努力をなさっているというふうに伺っていますけれども、それで十分なのかどうかは問題となります。将来における変化と多様性に対応するために、何らかの一般条項的な規定を持つことが今後も検討されているのではないのか、というふうに考えているところであります。

ただ、先程申し上げた、わが国の立法作業における立法事実をめぐる基本的な考え方というものが変わらない限りは、そうした発想というのものもしかしたら難しいのかもしれないというふうには感じております。

司会：奥邨先生はいかがでしょう。

奥邨：まず、今回の改正についてですが、先程、上野先生から、「30 条の 4 や 47 条の 9 にはもう少しリーチがあるのではないか」という趣旨のお話があり、それを伺っておりまして、「これは育てていける条項かな」と少し希望を持っております。また、B 類型の今回立法にならなかった分、一応先ほどのような安心できるという解釈が出ているので、大分心配はなくなりました。

ただ、やはり「個別規定」の全てに橋を架けるようなものが「一般規定」であるというように考えるのならば、B 類型の立法化できなかった部分とか、やはり C 類型の「享受するために使うわけではない」という、非常に漠とした言い方ではありますけれども、個別に割り込んでいくのではない、C 類型の本来の趣旨だったところは、やはり規定として実現したいなという思いはあります。もちろん、そもそも、B 類型 C 類型自体、「一般規定ではな

い」というご指摘があることは充分理解するのですけれども、ただ私はあそこから広げて行ける、広げて行くべきだと思いますので、何とかという思いもあります。そのためには、今回できなかった原因といたしますか、その一つが「明確性の原則」なのかもしれませんが、それら乗り越える努力をしていって、今回難しかった部分について、ある程度の時間軸の中では実現してほしいなという思いは強く持っています。

司会：ある意味で、「条文の個別の解釈」によって、A 類型 B 類型 C 類型のようなより上位の規範を抽出していくことは今後もなされるべきかとは思っています。私自身も導入すべきかと思うのですが、永山課長にご意見を伺ってもよろしいでしょうか。

永山：立場は離れてしまいましたが、当然、「権利制限の一般規定」の審議会報告においても、これは別にABCの3つの類型で終わりではないということはきちんと明記されています。最初の講演でも申し上げましたが、やはり平成 21 年改正と平成 24 年改正というのは、インターネット社会における権利保護と公正な利用とのバランスを問われた改正だったと思います。その状況というのはおそらくこれから益々重要と言いますか、大きな課題がこれからもどんどん出てくると思いますので、「権利制限のあり方」についてはこれからも継続的に検討していかなければいけない重要な課題と思います。

### 3. 技術的保護手段に関する改正

司会：ありがとうございました。それでは「権利制限の一般規定」についてはこれ位にしたいと思います。大分時間も過ぎておりますけれども、次に移りたいと思います。

「技術的保護手段」のテーマについて、去年の不正競争防止法の改正と今年の著作権法の改正との関係について、簡単に奥邨先生から解説をいただけますでしょうか。

奥邨：審議会やワーキングチームの議論という点では不競法も並行して行われていたわけですが、法律になったのは不競法の方が早く著作権法は今回ということで時間差ができました。

まず、不競法の方を簡単にご説明しますと、改正のポイントは大きく言うと2つあります。従来の不競法では「技術的制限手段」の「回避機能のみを有する装置やプログラム」を規制対象としていました。しかし「回避機能のみを有する」というのでは狭すぎるということで、「のみ」が外れて、複数の機能を有する場合は「回避の用途に供するために提供などする」場合に限って規制されるということになって、規制される回避装置のリーチが広がったというふうにお考えください。この点、不競法のパブリックコメント前の報告書案では、「“のみ”を“もつぱら”に変えたらどうか」という意見だったのですが、「“のみ”と“もつぱら”の差はよくわからないのではないか」というご意見がパブリックコメント

でたくさん返ってきて、結果「趣旨を呈して条文化しましょう」ということが最終報告書になりました。その趣旨を呈した条文が、さっきの「回避の用途に供するために提供などする」場合に限るというものです。じつは、この条文の書きぶりの部分は、今回の著作権法の規定でもなぞっています。規制対象となる回避装置を広げるとというのが不競法改正のポイントの1つです。

それから不競法の改正のポイントの2つ目は、「回避装置の提供行為」について、一定の場合刑事罰を課すということが規定されたという点です。それまでの不競法は、著作権法と違って、規制違反に対して刑事罰はなかったのですけれども、今回刑事罰が課されることになったわけです。不競法の方の刑事罰は、5年以下5百万円以下ということになっているので、著作権法よりは少し重いということになります。以上の2つが大きな違いでしょうか、改正のポイントということになります。

司会：今回、「技術的保護手段及び不競法の制限手段」については、ACTAとの関係が指摘されていますが、ACTAと今回の改正はどういう関係なのでしょう。永山課長、簡単に結構ですので説明をお願いします。

永山：ACTAについては、不正競争防止法と著作権法によってACTAで求められる水準を担保することが政府の方針です。具体的に申し上げますと、今回の著作権法改正で「暗号化技術」や「スクランブル技術」の回避装置の製造行為が刑事罰の対象になりました。不競法では対象になっていないということがあり、そこが今回の著作権法改正で明確に刑事罰の対象になったことで、ACTAの締結が国内法としては可能となった、水準を完全に満たすことになったということになります。

司会：より大きな問題としては、福井先生がご指摘されたように、「技術的保護手段に対する回避行為を法が禁じる」一方で、「技術的保護手段そのものに対する法の規制というものが充分に行われていないのではないか」という問題があったと思うのですが、今の福井先生のご指摘について奥邨先生はどのようなご意見をお持ちでしょうか。

奥邨：「技術的保護手段」や「技術的制限手段」、ここではDRMと総称した方がよいと思いますが、確かに、現在の枠組みでは、DRMそのものについては法規制がないわけです。すなわち「ここまでは制限してよいよ。これ以上は制限してはいけないよ」という点の規制はないわけで、この点は、ずっとご指摘のあるところでございます。ただ現状の枠組みはですね、逆に「これをやらなければいけない」ということが決まっていないということでもあって、どの程度制限するかは、ある意味では市場競争に任されているという状況になっています。先程、福井先生からもお話しが出ていましたように、「がちがちのDRMをする代わりに例えばお金が安い」とか、「厳格なDRMなのでたくさんの権利者からコンテンツが

提供されて選択肢が豊富」という場合もあれば、「DRM が極めて緩い一方で、コンテンツの価格は高い」とか「DRM フリーなので、大手はコンテンツを提供してくれない」ということもあるかもしれない。そういうものがいくつも併存していて、法律や制度が、そのうちのどれが良いと決めるということではなくて、市場に任せてその中で競争していく。そういった競争のための基本的な環境をつくるというのが「回避規制」という発想であって、その環境でどんな DRM を組み立てるかは、基本的にはビジネスモデルをつくる業者さんに任されている。それを使うユーザさんにとってどれくらい魅力的か、また権利者にとっても魅力があるか、そういった魅力のある DRM を提供できるかどうかも含めた競争を「どうぞ、安心してやってください」というのが「回避規制」の発想です。というのも、そういう競争をがんばっている人たちにとって、「DRM 破り」が野放しだと、その人たちの今までの苦勞や投資が全てパアになってしまいます。だからこそ、「その点は法律で保護してあげましょう。競争の最低限の環境をつくりましょう」というのが「回避規制」の出発点の議論で、それは WIPO のデジタルアジェンダの時代から変わらないのだと思っています。むしろ、DRM の中身について規制するのは、1つの方向性を政府が示す、国が示す、ということになってよろしくなろう、というのが出発点だったと思っています。

したがってそういう意味においては、逆に競争が起こり得ない場面、競争が期待し得ない場面、例えば「放送」のように1つしか方式があり得ないような分野については、自由競争で自然淘汰に任せるといふわけにはいかないもので、これは何らかの形で「ここまではコピーを許さない」といふような規制を、規制当局の国がやることがあってもいいのだらう、と思っています。ただ、それをやるのが著作権法なのかといふとそうではなしに、日本だったら放送法でもいいでしょうし、放送の規格の中でもいいでしょう。アメリカだったら、それこそ FCC の規則でやってはどうか、いふような話であって、別に著作権法の問題ではないだらうなといふふうに思っております。

司会：どういふ技術を使うかといふことに関する規制だけではなく、「技術的保護手段」がかかっている中で例えば1回は私的複製できるとか、そういった内容についての規制も含めてといふことでしょうか。

奥邨：それも含めて全部、市場競争にゆだねるべきだと思います。「コピープロテクションできないけれども買う」「DRM が厳しいので買わない」、「厳格な DRM なので作品を提供する」「緩い DRM なので作品を引き上げる」などいふものも、全てお客さんと権利者に任せる、競争の中の話かなといふふうに思っております。

福井：私もおっしゃる通り、公正な競争が保たれているのだったら、それは使いづらものはユーザーが見向きもしないだけのことなので、いいのかなと思ふのですね。ただ例えばDVDを例に挙げた時に、そのような理屈にも係わらずただの一回の私的コピーもでき

ない状況で、現に業界規格というものができてしまっているという現状がありますよね。これは、今の市場の話で言うと「市場の失敗」ということになるのですか。

奥邨：いいえ、なりません。「デ・ファクト」ですから。DVDとは全く違う規格を作って商売することは全く自由なわけですから、そういう意味においては、たまたまデ・ファクトになったDVDの DRM がけしからん、というのはどうでしょうか。本当にだめなら、そもそもデ・ファクトになったかどうか。ただ、例えば「DVD規格を採用することしか許さない」ということを、独禁法違反といえる形でやっているのだとすれば、それは別なのですけれども、「デ・ファクト」でこうなっているというものは仕方がないのではないかと私は思います。

福井：まずその話は、ユーザー的にはかなり納得度の低い話に聞こえるかなというのが1点と、それから「デ・ファクト」というのが本当に自由公正な競争の下に生まれたのかというのは、おそらく競争法の観点からかなり議論があるかなと思います。私はここでその結論を出そうとするのではなくて、問題提起ですよ。おっしゃる通りこれはひょっとすると著作権法の問題じゃなくて競争法の問題かもしれません。でも、だとすると DRM の中身は競争法の領域、それで著作権法の領域ではなんであれ生まれてきた DRM は守るのだと言うことになるならば、規制手段が2つに分れてしまっているのが、形としてきれいかなと感じます。共同規制のあり方として、もう少し改善があり得ないかなというところですよ。

上野：この問題についてのユーザーの声というのは、例えば自分で買ったDVDであるにもかかわらず、これを例えば iPod にコピーして見たりすることができない、私的使用にもかかわらずできないということかもしれませんそこで、アクセスコントロールを外してコピーすると、それも今度はだめだということになるわけですよ。これでよいのかという考えもあるかとは思いますが、他方では、現在のDVDの価格はコピーできない前提でつけられたものなのであって、もしコピーできるDVDであればもう少し値段が高くなるべきを得ないのだという、先程の価格コントロールというのはそういう話だと思うのですけれども、そういうご意見もあろうかと思えます。つまり、私的複製できないからこそ安くDVDを提供できているのだという説明もあり得ようかと思えます。

ただ、現状において、私の知る限り、日本のDVDは海外に比べると高いのではないかという気がしなくもありませんので、この点をどう考えるのかが問題となるところかもしれませんね。そうしますと、将来もしそれが変わってきて、例えばですけれども、コピーできないDVDだったら千円、コピーできるDVDだったら2千円、コピーできないけどインターネットから iPod でダウンロードできるものであれば1,500円とか、そういうさまざまなメニューができてくるというのも面白いのではないかと、そういうことでしょうかね。

奥邨：現実問題としても、いくつかの映画会社さんは、DVD 購入の特典として、映画のデータをインターネットからダウンロードできるキーを DVD のパッケージに同梱するというサービスをされているわけです。ですから、私は、ユーザさんも、業者さんに対して、もっと便利なサービスを提供してくれと、声をどんどん出していただく。サービスモデルの問題だと思うのです。コピーする権利があるかないかという大上段の議論ではなしに、皆が使いやすいものをサービスとして実現する方がより近いのではないかなというふうに思っているところであります。

司会：この問題に関しては、著作物を利用する側の権利というものをどう考えるのか、「私的複製の権利」というものを認める、日本でも「利用者側の権利」を憲法、あるいは基本権等によって根拠付けようという議論が起こっているところではあります。

#### 4. 私的ダウンロードに関する刑事罰の導入

司会：「私的複製」との絡みで、今回の「ダウンロードの刑事罰」を巡る議論に移りたいと思います。まず細かい話になるかもしれませんが、最初の問題として、今回の 190 条 3 項において「有償著作物」に刑事罰を限定したのはどのような趣旨からでしょうか。永山課長ご説明いただけますでしょうか。

永山：直接的に立法作業に携わったわけではないので、確定的なことは申し上げられませんが、やはり「刑事罰をかける」ことについてはさまざまな議論があって、平成 21 年改正ではかけないという結論に至った経緯があるわけです。そういう中で「刑事罰をかける」ことについては、できる限り謙抑的に、社会的に見て問題のあるものだけにできる限り限るべきだという議論があって、その平成 21 年改正法で違法したものうち、「有償著作物」として有料で販売されているものについては、より権利者に与える被害が大きいことから、刑事罰の対象については限定的になったものと聞いております。

司会：この「有償著作物の解釈」については、先程「私見では」ということでご紹介がありましたけれども、これは例えば絶版になった書籍や DVD、販売されていない DVD など、「かつては有償で販売されたけれども今は販売されていないものについては、提供されている」という条文からすると、対象にはならないということになりますでしょうか。その他 YouTube 等の視聴について 47 条の 8 が適用されるということは、平成 21 年の改正の際もそのような国会答弁がされていたと思いますが、これは私も 47 条の 8 は適用されるというふうに思いますけれども、パネリストの先生方の中で「そう読めないのではないかな」という点がありますでしょうか。細かい点ですけれども、基本的に「著作権の刑事罰」と

というのは故意犯を要求しているわけですが、「一般的な故意」に比べて「事実を知りながら」ということが刑事罰の点で加えられているというのは、これは理論的にどういう意味があるのですか。刑法の先生に聞かないとなかなかわからないところかもしれませんけれども。もしかすると単に事実ではなく、法的評価までを含むと、故意だけだとその「違法性の意識の問題」があるからという、そういった問題なのかもしれません。

このように個別の問題はありますけれども、やはり問題の一番大きなところは、今回「ダウンロードに刑事罰が入った」こと以上に、「私的複製」について一特定のものですけれども一、昭和 59 年の改正で例外が設けられてから初めて「刑事罰が導入された」ということになります。奥邨先生の印象としては、民事で入ったものはいずれ刑事でも入るのではないかというコメントがありましたが、それからすると「技術的保護手段の回避行為」についても、いずれ刑事罰が入るとお考えということでしょうか。

奥邨：誤解を避けるために、予めお断りすると、私は、積極的にそうなった方が良いということを行っているのではなくて、そうなるかもしれない、「危ないな」という意味において、ハラハラ感がありながら見ていたということであります。ですから私自身は、今回のものの他にも、今おっしゃったような、民事は違法だけど、刑事罰がないものについては、そういう整理がおこなわれた時から「本当にその整理でずっと最後まで行くのかな」という、すごいハラハラ感をもってまいりました。

民事は違法だけど、刑事罰を問うほどではない、というのは、法律の専門家としては充分理解のできる議論だろうと思います。しかし、世の中一般におけるわかりやすさとしては、「悪いものは悪い」という議論の方がずっと分かりやすいのではないのでしょうか。とすると、「民事では悪いけれども刑事では悪くないんだ」という、整理がどこまで理解されるのかなど。しかも著作権侵害に一切刑事罰がないのでしたら、そういう議論も通るかもしれませんが、基本的には著作権侵害罪は、懲役 10 年以下および・または罰金 1 千万円以下というすごく重い罰があるわけです。そういった中では、先ほどの整理のような話は、ここだけお目こぼしなのですよと言っているに等しく、もって行き方によっては、そのような理屈はいつまでも続くわけがないとも思えるわけで、そう意味のハラハラ感があって、しかもそれが、とうとうそれが乗り越えられてしまったかという感想です。したがって、残りのものについても心配している、悲観的な意味で、もっとハラハラしているという意味です。

司会：この「私的複製」については、昭和 59 年の改正で「私的複製」の例外が 30 条 1 項 1 号に設けられた時には、確か文化庁の試案ではむしろ刑事罰も科す方針であったのが、政府部内での協議によって「可罰的違法性を欠く」などというさまざまな議論で、「私的複製については刑事罰の導入を科さないものにした」ということが、加戸守行先生の逐条講義に書かれていますけれども、そういった点からすると当時は「可罰的違法性がない」と

されたものについて、今回は「可罰的違法性がある」とされたということになるわけですが、上野先生はこの「ダウンロード刑事罰」についてどのように思いますでしょうか。

上野：今のお話しですと、今回と逆のプロセスみたいになっているのでしょうかね。つまり、今回と違って、あのときは、文化庁の試案では設けられていた刑事罰が政府部内で削除された。だからおもしろいものなのですが、これは微妙なものがやはり残りますよね。

また、刑事罰以前に、私的使用目的のダウンロードを一定の場合に違法にするということ自体についても、先程、福井先生からもご紹介がありましたように、例えば YouTube の動画をダウンロードすると言いましても、YouTube の動画が適法かどうかは一見してほとんどわからないですよ。たとえ私人が無断でアップロードした動画でありましても、もしかしたら権利者によってある程度積極的に黙認されているかもしれませんし、また最近ですと YouTube ではマネタイズというのも可能ですよね。要するに権利者が、ある映像を残す代わりに広告料収入を受け取るということになります。そうすると一部の YouTube の動画は、一見するとわからないけれども、すでに適法化されているものがあるかもしれないですよ。ただ、たとえ権利者がマネタイズの対象にした YouTube の動画というのもの、全ての権利者がマネタイズしていれば、適法な公衆送信というふうに言うことができるかと思うのですけれども、しかし映像は多数の権利がかかわりますよね。ですから、たとえ無断でアップされた映像のうち、音楽の権利者がマネタイズによってライセンスしたとか、実演家がライセンスしたとか、テレビ局がライセンスしたとかいっても、ほかにも権利は無数にあります。例えば、その番組のもとになった放送作家の原著作物に対する著作権とかですね、そうした権利も存在する以上、関係する全ての権利が処理されていない限りその動画配信は適法にならないわけでありまして、それは違法な自動公衆送信ということになります。そのため、それを知って一知っているかどうかの判断は難しいのですけれども一ダウンロードした場合は、私的複製の抗弁ができなくなり著作権侵害となり、さらにそれが有償著作物に当たるということになると刑事罰も科される可能性があるということになります。そうすると、「事実を知りながら」という限定がついているといっても、これはなかなか問題が残るところではないかという気はしております。

司会：福井先生お願いします。

福井：今まさに上野さんからご指摘があった通り、全ての要素が権利処理済みでない。これは対象になってしまうわけですよ。ですから「二次創作的」な動画がアップされている時なども、すべてがクリアなのかというのは、およそ判断が難しいですよ。もちろん言ってしまうと、ほとんどの「動画投稿サイト」は、ダウンロードは規約では許していないので、「やるなよ」と言えばそれで終わりなのかもしれないけれども、そこから刑事罰

に飛んでいくのかというところがやはり課題ですね。

「悪質な海賊版を減少させなければならない、ダウンローダーはその一翼を担っている」という理屈は、少なくとも私はよくわかるのです。海賊版対策は必要だなと思う。でも他方で、「このルールが最適設計だったかな」という疑問ですよね。それでいつも、「ダウンロード刑罰化に対する危機感や違和感があればあるほど、代わりの海賊版対策の対案が必要ではないか」ということを申し上げるのです。

司会：その海賊版対策の対案としては、例えばどういうものが考えられますか。

福井：言うとお悪者になってしまうから（笑）、いや、言います。異論も強いところですけど、私はやはり「フィルタリング」的な技術がある程度活用していくしかないのではないかなと思うのですね。「海賊版は良くない」、でも「全ての各論の海賊版対策にも反対だ」ではやはり通らないと思うのです。「アップローダー対策、それはもちろん必要だ。でもそれだけでは追いつかない」という実態が仮にあるならば、「後はフィルタリングかな」と私は感じるのですけどね。

奥邨：この問題には2つあって、今、福井先生がおっしゃったモデルというのは、いわば「動画投稿サイト」であるとかの、電子掲示版とその発展形態なわけです。そしてもう1つは、P2Pなのです。このP2Pは正直フィルタリングではどうしようもない。そもそも、誰がどうやって「フィルタリング」するかという問題があるわけです。したがって、今福井先生がおっしゃったように、侵害対策として「フィルタリング」は1つの方法ですが、それだけではだめで、P2P対策をしないといけないわけです。P2P対策が1つの狙いだと思うのです。この規定を作られた人のイメージはわかりませんが、外野から見ると、1つの狙いとしては、P2Pで大量に受信している人、すなわちダウンロードしている人がいるのだらうと思うのです。そして、そういった状況に対して何か他に方法があるのかというと、なかなか難しいのが現状なのではないでしょうか、今は。もっとも、そうだとすると「P2Pだけ刑事罰」にすれば良いのと言う話なのかもしれませんが、よくわからないのですが。

福井：会場にはきっと、お詳しい方がいらっしゃるだろうから、後の質疑の時に教えていただければと思うのですけど。P2Pの場合、メガダウンロードしている方がいるとしたら、その方は多分同時にアップローダーでもあるはずですね。そうでないケースはかなり少ないと思えるので、ダウンロード刑罰化の背景に、アップローダー対策ではもう不足だという判断があったということですかね。これは私も、ちょっと聞いてみたいところなのですけれども。

司会：永山課長にお伺いしますが、平成 21 年改正の時は、どういう議論がされて、アップロード対策では限界があるということだったのでしょうか。

永山：限界があるというか、アップロード自体についてはご承知のように、今でも 10 年以下の懲役 1 千万円以下の罰金の対象です。ただそれでもやはり、「ネット上の違法流通」というのは権利者に大きな不利益を与えていることから、平成 21 年改正が行われたということですので、「違法アップロード対策だけでは、なかなか権利者の利益は守れない」という政策判断が平成 21 年にも政府としてあったと言えると思います。

司会：1 つには特にアップローダーが海外にいて、ダウンローダーが日本国内にいる場合というのは、なかなか日本法での対応ではアップローダーを捕まえられないという問題が 1 つあったのかもしれませんが。ただそれで、「刑事罰まで妥当か」というのは大問題ではありません。

## 5. 立法プロセスの問題

司会：それではプロセスの問題に移りたいと思います。福井先生のスライドで、「審議会 VS 議員立法、どちらを選ぶのか？」という挑戦的なタイトルが付いておりますけれども、他方で上野先生がおっしゃった通り、今回の改正プロセスは「結論が不当だからプロセスも不当だ」と思っている可能性もあって、もし同じ経緯で「権利制限の一般条項」がポンと入っていたら、「素晴らしい大英断だ」と誉めていたかもしれないのですよね。

そういう意味では、どちらがやったかというよりも、議論が、理由が示されない形でこういう改正が急に行われてしまったという点が 1 つの問題なのかもしれません。このプロセスの問題について、今回こういうふうになってしまったという評価と、今後どういうふうに議論をしていけばいいのかという点について、パネリストの方々のご意見を伺えればと思うのですが。ちょっと難しい問題ですが。まず奥邨先生、今回のプロセスについてどう思われるかという点だけでも。

奥邨：上野先生からのお話しと同じで、私は、国会が修正するということが自体はむしろ当然のことなのだと思うのです。ちょっと外れますけれども、日本の場合は議院内閣制で、与党が多数という状況がずっと続いていましたから、基本的に政府が出した法案についてはそのまま通るわけです。ですから国会では、細かい条文の解釈論や修正論議をやるよりも、修正はないことを前提に、野党としては、どちらかといえばよりマクロ的な視点で、全体的に質すというような形の審議が多いですし、今回がどうだったかはわかりませんが、場合によっては、法案そのものの審議じゃなしに、それと関係するような色々な事項が延々議論されて、法案そのものについてはほとんど議論されない、というようなこ

とがされてきたのだらうと思うのですね。それは今までの日本の政治システムがそうだったもので、それで良かったのかもしれないですけど、「議員立法」がどんどん行われるとか、「議員立法」ではないですけども、政府案を国会で修正していくんだということであれば、より精緻に逐条解説のような形で法案そのもの条文そのものについて、徹底的に議論をしていただかないと、と思うわけです。政府案で、審議会などで議論が積み上げられてきたのと同じレベルの議論の蓄積がないと、後で困るということになるので、ぜひそれをやっていただきたい。

進め方の問題として一プロセスがおかしいとかというのでは全然なくて一より徹底して逐条解説的に議論していただきたいわけです。先程議論していたような「有償著作物の有償というのは何なんだ」とか「こういう場合はどうなんだ」とかを、もっと徹底的にやって頂く。今回が充分だったかというのは別としまして、一般論としては、ぜひそれをやっていただきたい、一語々々丁寧にやっていただきたいというのが私の希望であります。

司会：確かに戦前の議会の資料などを見ると、結構逐条的に審議をしていて、なかなか突っ込んだ議論がされていて、もちろん戦後もそういう議論がされている場合はありますけれども、一般にはなかなかそこまで突っ込んだ議論がされないという点は問題の1つだろうと思います。

上野：この前の著作権法学会でもそういう議論はしましたけれども、従来は、著作権というのはなかなか票につながらないと申しませうか、政治的な 이슈 になり難いと言われている、とする研究があるわけですね。特にユーザーの声が立法過程に反映されにくいというふうに指摘されているところがあるわけですけども、福井先生からも今日ご紹介がありましたように、ヨーロッパにおいて ACTA が否決されたり、あるいは海賊党が躍進しているということからいたしますと、ひょっとすると何か少し変わった動きがあるのかもしれないと感じさせるところがあるわけです。

日本はどうも、ユーザーが集まってデモンストレーションをするかということ、そういうことは元々著作権以外のどんなテーマにおいてもあまり行われてこなかったように思いますし、そんなことやっても意味ないのではないかという空気もあったのではないかと思いますけれども、最近では著作権について声を挙げるユーザーが増えてきたのではないかと思います。

今回のダウンロード刑罰化についても、アノニマスという一もちろんアノニマスは合法的な団体ではないのかもしれませんが一そういったものに影響を受けて、著作権について声が挙がるというようなことを見ておりますと、ユーザーの声というものも今後決して無視できない存在になってくるのではないかという気もするところでもあります。むしろヨーロッパにおける ACTA とか海賊党にみられるように、ひょっとした著作権が政治的な 이슈 になり得るところは否定できないのではないかというふうな感じがしております。

す。

ただ他方では、そうした空気や雰囲気に乗せられて、「ネットに自由を」とかそういったスローガンが、単にクールであるというような理由だけで支持されていくとしたら、それはそれで問題だろうとは思いますが。もちろん、それがきちんとした議論と根拠によって成り立っているのであればいいのですが、ただのファッションでそうなるのであればそれはないと思いますけれどもそれはそれで、議論なしに権利を強化する主張をすることと、まったく同じ問題を抱えるということになります。ですので、こうした問題に関する議論のフォーラムをどうやってつくっていくのか、それが今後の課題になるのではないかなとそんなふう感じております。

司会：福井先生から何かあればお願いいたします。

福井：「議員立法」に私は反対ではないのです。だから奥邨さんがおっしゃったように、国会で「やるなら徹底議論を」ということに非常に賛成ですね。もっとも今、「議員立法」を先導する人がいる場合、それは審議会で議論しては容易に通らないだろうという予測の下に「議員立法」を推進するケースが典型例のように思えるので、そういう場合は多分オープンな議論を求めているのじゃないかな。ですから「そういう秘密ルートではないのだ」という前例をぜひ政治にはつくってほしいなと思いますね。「議員立法」をやるということは、むしろ「より透明に徹底的な議論が必要とされるということなのだ。それを乗り越えてくるのだね」というような覚悟が必要じゃないかな。フォーラムが必要ということは全くその通りだなと思いますね。

司会：研究者の側でも、これまで立法論を述べる際に専門家に対しては語りかけていたが、国民一般を意識してそういった議論はしてきたか、という点はほとんどなかったのではないかと思います。そういった点はひじょうに今後反省していくべきかもしれません。

福井：今回の「ダウンロード刑罰化」を批判する上で、その意見には賛否あると思いますが、MIAU（インターネットユーザー協会）はかなり大きな役割を果たしたと思います。彼等の活動をみていますと、海賊党の主張や活動との親和性も感じるもので、ひょっとすると日本で本格的な海賊党が立ち上がる時にはその辺りが核になるのかな、なんて勝手に想像したりしています。別に本人達に「その気ある？」と聞いたことがあるわけではありませぬけれど（笑）。

司会：誰が党首になるのかというのがありますから、これぐらいにしましょう（笑）。

## 6. 国立国会図書館による絶版等書籍の配信

司会：それでは最後の、「海賊版対策」の目的でもありその1つの手段でもあるのが、「正規のコンテンツが適切に流通されるようになる」ということで、重要であろうと思います。その意味で福井先生が講演の中で、「正規コンテンツはマネタイズできるのか？」という問題を提起されましたけれども、その中の1つのやり方として—これは権利者側のイニシアティブではない形ですが—、「国立国会図書館による絶版資料の図書館等への自動公衆送信」という改正条項が入りました。これは福井先生のご指摘の通り、今回の権利制限に関する改正の中でも特に大きな意義のある改正であろうと、私も思っております。上野先生や奥邨先生は、この規定についてどのように評価されるでしょうか。

上野：この規定は、今日はあまり触れられなかったのですが、非常に重要だと思っております。国会図書館や絶版等という限定は入っていますが、国会図書館から地方の図書館に送信してそこで閲覧させることができるというわけです。そして、昨年の審議会でも、当初の提案は閲覧させるだけというものだったのですが、それだと閲覧したときにコピーが欲しい時は、国会図書館にインターネットで複写依頼をしてコピーの郵送しなければならないということだったのですが、郵送してもらうのに5日位かかるものですから、あの時は中山先生も、わざわざ嫌がらせしているみたいにも見えるということで、そんな手間をかけさせるのだったら、送信先の図書館で一部分の複製物を提供することくらい認めてもいいのではないかと議論しまして、最終的にはそれが認められたということです。

これは上手く活用すれば福井先生ご指摘のように、理論的には、絶版等に当たる限りいろいろなコンテンツがアーカイブされて配信されるというようなことにもなるでしょう。他方では、「絶版等」に当たるということになると国会図書館から無料で配信されてしまって、権利者にも出版社にも何らの報酬も支払われないということになってしまうので、だったら安い価格で電子配信して「絶版等」に当たりませんよと言えば、国会図書館による送信から除外されるわけですから、そういう意味では、今回の改正は電子出版を促進するという効果もあるのかもしれないと、そのように感じています。

奥邨：私からも簡単に。これは、非常に意義のある規定だと思います。それはどういうことかと言うと、日本はもっと「図書館を強化する」ということが必要で、そういう意味において今回の規定というのは非常に重要だと思います。

ただそういう意味では、国立国会図書館だけではなくて、大学の図書館であるとか、地域の図書館等も、どんどん「知の集積」を可能にしていくということは、本来的には必要だろうと思います。もちろん、国立国会図書館でさえ十分な人と予算が確保できるかという中で、現状は大学の図書館にしても地域の図書館にしても新刊本を買うお金があるのか、

置いておく場所があるのかということに悩んでいるような状況ですから、なかなか難しいかと思うのですが、ただあるべき姿としては「図書館の強化」は必要で、もちろん国立国会図書館という一番手を大切にしながら、より裾野を広げて「知の集積」ということをすべきだと思っております。

福井：まさに両先生に同感です。今日はどちらかと言えば、危惧を述べたり、先行きの見えない話しをすることが多かったので、最後にこの話で終わられるのはすごくうれしいなと思います。

私は個人的に、今回の国会図書館関連の改正は、「ダウンロード刑罰化」に負けない位のインパクトのある、ポテンシャルを秘めた条文だと思っているのです。だから、今回の「ダウンロードの刑罰化」を批判するのと同じ位の大きな声で、これを通した文化庁を褒めるべきだと思います。ここは拍手するところです（笑）。

それでおっしゃる通り、「デジタルアーカイブはやはり大きな可能性を秘めている」とよく言われます。ただ、例えばフィルムセンターは映画フィルムの収集・保存、そして公開のために努力を続けていますが、人・物・金すべてが不足していて、戦前のフィルムに関しては残存率がわずか10%です。作品が素晴らしいとか素晴らしいとくに係わらず、10%しか残っていないのですね。いや、それ以前に、収集する人が素晴らしいと思うか思うまいが、どの作品も将来社会を変える程のインパクトを持つ、歴史の中で新たな評価を受ける可能性を持っている。それは我々が宮沢賢治から、あるいは金子みすゞから学んできたことです。ですからデジタルの国境を越える力とそしてコスト低下の可能性を利用して、我々はデジタルアーカイブというものをどんどん進めていくべきだと思うのです。そのためにこの規定というのは大きな力を発揮し得ます。

国会図書館の現在の収集対象は、国会図書館法によれば「図書及びその他の図書館資料」というふうになっていて、内容はほぼ限定がありません。CDもDVDやフィルムも、現実に収集しています。ということはつまり、国会図書館の予算が、そして人手が間に合えば、それをデジタル化すれば、全国の図書館で配信・閲覧を受けることができるものになるということであり、デジタルアーカイブをめぐる世界各国の競争の中で日本は大きくリードできる可能性に満ちているわけです。

なおかつこれは、権利者にとってもほぼ被害のない利用法です。なぜならば、市場において流通していないものが対象だからです。もし全国の図書館で見ることができて、その結果人気が高まればデジタルで、いやDVDや書籍でも、新たに復刊するというのもできるかもしれない。そうすると市場で入手可能なので図書館への配信対象からおそらく外れるのですが、これは本当に可能性に満ちた規定になると思います。

ただ現実にこれを動かす国会図書館もまた、人・物・金すべての不足に悩んでいる部門ですので、こんなことを言うとプレッシャーになるかもしれない。色々な大きな課題を抱えていることは間近で見ているところではありますが、ぜひ大きく活かして。奥郵さんの

仰るように「小さく産んで、大きく育てていただきたいな」と思うわけです。

司会：最後に明るい展望が見えたところで、フロアからの質疑に移りたいと思います。

## 7. フロアとの質疑応答

司会：では時間を超過しておりますけれども、最後に、お1人かお2人になるかもしれませんがフロアからのご質問をお受けしたいと思います。もし、ご質問をいただける方がいらっしゃいましたら、挙手をしていただければと思います。ただこの議論の内容は、明治大学知的財産法政策研究所のホームページにて公表させていただく予定ですので、ご発言の際にはご所属と匿名ではなくお名前を可能であれば名乗っていただきたいと思います。それではご発言をいただける方がいらっしゃれば挙手をお願いいたします。

棚橋：現在、金沢工業大学で知財法を担当しております、棚橋と申します。

今日は、大変素晴らしい先生方の基調講演始めセミナーで勉強をさせていただきました。これは意見とかではなくて感想でございますが、「違法ダウンロードの刑事罰導入」が衝撃的と言いますか、色々な大きな問題を抱えていることは事実でございます。大体私のつたない経験からいきましても、議員さんの提案によって、いわんや謙抑的であるべき「刑事罰の導入」が行われるというのは、今までの政府提出法案と国会議員の提出法案の成立性その他からみましてもなかったことでございます。私は、経緯は深く勉強しておりませんが、多分—これは文科省を批判するということでは一切ありませんけれども—、平成21年改正法で下地があったのではないのでしょうか。政府提案として「違法ダウンロードの刑事罰」が議論され、それは文科省と法務省との協議の上で十分な議論が行われ、その時には成立しなかったとしても検討されたという下地があったため、今回短期間でしかも自公という野党が提案して、このひじょうに厳しい問題が成立したのではないかと私はそういう感想を持っていますが、この点についてはいかがでございましょうか。これは平成21年法を考えられた文科省のお立場を批判するわけではなくて、当時おそらくそれだけの社会的ニーズに基づく要請があったので、こういうことになったのではないかと私は推測しておりますが、いかがでございましょうか。

司会：棚橋先生、ありがとうございます。おそらく平成21年改正の際には、刑事罰自体については審議会で議論され見送られたということではないかと思うのですが、著作権課の中で何か刑事罰についての議論というのはあったのでしょうか。

永山：審議会では「違法ダウンロードについてどう対応するか」について、中山先生を中心にご検討いただきまして、当時は「軽微性の問題」や、「規制の実効性の観点」から「刑

事罰を科すべきではない」という結論が出されて、平成 21 年法改正として提案させていた  
だいたということですので、今回の平成 24 年改正との関連をどう整理するかはなかなか難  
しい点ですが、平成 21 年は刑事罰化自体は否定する形で政府としての方針は決まったとい  
うことです。

司会：他にご質問のある方はいらっしゃいますか。

生田：中央大学杉並高等学校の「情報」という教科を担当している生田という者です。よ  
ろしくお願ひします。法律に関しては、ほとんど素人な立場から聞きましたのでとても勉  
強になりました。ありがとうございます。授業にも活かしていきたいと思ひます。

気になったことが 1 個ありました。福井先生の講演の中の 3 番のところに、「違法にアッ  
プされたか否か、一般人に判断できるのか。特に若年層」というのがあり、「国民への啓発・  
教育」が附則 7 条にあるということで見ると、「学校その他のさまざまな場を通じて特  
定侵害行為の防止に関する教育の充実を図らなければならない」とあります。これだけ書  
かれても、教育現場の立場からはじつは具体的なことがあまりよく見えてこないのですね。  
この辺について、どういったところをイメージされているのかを聞かせていただくと助  
かります。

永山：改正法が 6 月 20 日に成立をし、6 月 27 日に公布されており、今は 10 月 1 日の施行  
に向けて取り組みを進めているところで、すでに実施したものは Q & A を 2 種類作りま  
した。一般国民向けと主に中・高生向けの Q & A を 2 種類作り、まだご所属の学校には届  
いていないかもしれませんが、すでに教育委員会を通じて各学校に届くような形で通知も  
させていただいています。プラスこれからの取り組みとしては、もう夏休みに入っておりますが、著作権課で教職員向けの講習会もやっています。これはその地区の著作権教育の  
中心となる先生が来られる講習会で、「どういう教え方ができるのか」「どういう教え方を  
していただいたら良いのか」ということを含めて、講習会の中でも取り上げます。また、  
これは一般向けになりますが政府公報とか、色々な関係団体の方の協力も得ながら、一般  
国民向け、青少年向けにさまざまな媒体を使って周知を行っていく予定です。あと 2 カ月  
位しかございませんけれども、「今すでにしていること」プラス「これからの取り組み」と  
いうことで積極的にやっていく予定です。

生田：内容的なことなのですからけれども、単純に啓発するといったような事柄を考えてい  
るのか、それとも例えば法律の中身、著作権法の具体的な理解のようなものも求めていくと  
か、そういったところまで踏み込むことを想定しているのかというところが、ちょっと気  
になるところです。

永山：今回、特に10月に向けては「違法ダウンロードの刑事罰化について、特に集中して普及・啓発を図っていく必要があると思っています。7月に文部科学省初等中等教育局の教育課程課と著作権課の連名で通知を各教育委員会に出したのですが、我々の希望としてはQ&Aを作らせていただいて、それを例えば9月の授業などで5分でもいいですから、それぞれの先生から伝えていただくとかですね、そういうことをきちんとやっていただきたい。先生もやっていただきたい、当然我々も色々なメディアを使ってやります。そういうやはり複合的な取り組みが必要だと思っています。

生田：時間を取ってしまって申し訳ないのですが、5分位でいけるような内容には、とても思えないというのが現場教員の感覚であります。自分も授業では著作権法だけで4時間とか5時間とかをなんとか使ってやってはいるのですけれども、ちょっと色々な方策が必要な気がするというのが現場の直感としてあります。

永山：「5分でも」と言ったのは、「5分で良い」ということではありませんが、最終的には各学校が判断することで、特に文化庁の立場で「1時間やってくれ」と言うのは、校長先生の教育課程の編成権がある中でということなので。我々としては「できる限りきちんとした形で」という希望は持っておりますので、ぜひ先生は所属の学校で長い時間をとっていただいて教えていただければと思います。

生田：はい、わかりました。ありがとうございます。

司会：福井先生、何か。

福井：10月に向けては確かにそれが必要ですし、「ぜひ」というふうに思うのですけれども、この「著作権教育」全般についてはその内容が重要になってくると思うのですね。ここに「啓発」と書いてある。「啓発」というのは、単に上から「これがルールだから守りなさい」というふうに教えることだけが「啓発」ではないはずですね。「何かコピーするのは泥棒と一緒になのですよ」というような教育のしかたをかつて見たことがありますけれども、そういうものではなくて、「著作権のルールは一体何のためにあって、人々のどういう活動を時に守り時に制約する可能性があるのか。あるいはクリエイティブな活動をしている人たちは、どういう活動で作品を生み出し、何がうれしくて、どんなことが彼等の力を削ぐのか」というような、そんな背景の話をぜひ教育の中でやっていくべきではないかなと、思います。そういう中で、「何がより良い情報のルールなのか」を一緒に考えていくような、そういう「著作権の教育」というものをぜひ期待したいなと思います。高校で授業をやったらっしやると伺いましたので、その意味でひじょうに重要なお立場にいらっしやると思います。ぜひがんばってください。

生田：アドバイスありがとうございます。

司会：ではあとお一人だけ。

日向：TBSテレビの日向と申します。永山先生にご質問です。第30条の3の「検討の過程における利用」というのを画面に出していただけますか。

今回の著作権法の改正で、「内閣法制局の考え方が、実質的な立法の内容まで左右する」ということが立法直後から結構言われていまして、こういったことは、これまでの著作権法改正の中であまり聞いたことがないので驚いたのですが、第30条の3に関しまして、「許諾を得て」という場合と、「裁定を受けて」という場合の2つだけが入って、「権利制限規定によって利用できる場合」というのが外された理由を、先ほど、永山先生は、「内閣法制局は、例えば教科書に載せる場合にその検討の過程で複製しようとする場合は、当然のように権利制限されると解釈できるとの説明をされた」とおっしゃったと思うのですが、私が別のルートから聞いた話は、永山先生の説明と違っています。

内閣法制局は何と言ったかという、「もし権利制限規定についての条文を入れるならば、入れたいと考える権利制限規定の全部の条文を列挙するようにしなさい」との注文を付けたということです。この説明は、成案となった第30条の3を見ますと結構腑に落ちるのですね。第30条の3は、「著作権者の許諾を得て」の後、「又は第67条第1項、第68条第1項もしくは第69条の規定による裁定を受けて著作物を利用しようとする者は」というように、裁定による利用の場合に、具体的な条文がすべて列挙されています。もしこれに権利制限規定の条文も入れるとしたら、「第33条1項（教科書への掲載）、第35条1項（学校の授業の過程における使用）・・・の規定により著作物を利用しようとする者は」というように、具体的な個別権利制限規定の条文をすべて列挙しなければだめです、「著作権法第2章第3節第5款「著作権の制限」の規定により著作物を利用しようとする者は」というような規定の仕方ではだめですよというような注文が付けられた、というのは、成案となった規定を読む限り、辻褃が合っています。内閣法制局にそう言われたのだが、個別権利制限規定の条文をすべて列挙するとなるとあまりにも大変なので、文化庁の担当者はやむなく断念したようだ、というような説明を聞きました。

この方が、内閣法制局の考え方としては「腑に落ちる」というのは、先程上野先生もおっしゃっていましたが、「教科書に載せる場合の複製はセーフ」だけれども、その「検討の過程における複製」は個別規定からはセーフだと明確には読めないわけです。その明確には読めないものを内閣法制局が「複製しても合法だ」との見解を示すとは思えないわけで、個別権利制限規定の全部列挙の説明の方が納得がいくというふうに思ったのです。これは大事なところなので、その辺について説明をいただければと思います。

永山：最終的な成案を得る前の検討の過程では、さまざまな議論がありました。最終的な法制局と文化庁での結論は、先程申し上げたものです。途中の検討過程で、そういう議論があったことは否定しませんが、当然、検討過程の途中では、さまざまな選択肢を検討して最終的に合意を得るとというのが立法過程ですので、そういう過程から言えば最終的に先程申し上げたのが、「政府の統一見解」とご理解いただければと思います。

司会：それでは時間を大分過ぎてしまいましたので、そろそろ閉会とさせていただきたいと思います。今回の法改正をめぐっては、その前にも議論がされ、また今後もさらなる議論の必要性が指摘されたわけですが、今回のシンポジウムが、その議論の1つのきっかけになればと思います。それでは最後にご登壇をいただいたパネラーの先生方に拍手をお願いいたします。ありがとうございました。

以上をもちまして、「平成 24 年著作権法改正の評価と課題」とのシンポジウムを終了させていただきます。なお、明治大学知的財産法政策研究所のセミナーの方では、シンポジウムの議事録等をいずれホームページで公表させていただきますので、ご関心があればまたそれを参考にいただければと思います。それでは本日はお忙しいところご参加ありがとうございました。お気を付けてお帰りください。